Die „besonders leichten Fälle“ in der deutschen Strafreform

Amtlicher Entwurf von 1925
§ 75

Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Heinz-Otto Hoffmann

Neumanns Stadtbuchdruckerei, Gleiwitz
1926

Referent: Professor Dr. Heilborn

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Oheim
Apotheken-Besitzer Walter Hoffmann
in Dankbarkeit zugeeignet!

Literatur-Verzeichnis

1. Aschrott:
   a) „Die mildernden Umstände und die besonders leichten Fälle im Vorentwurf zu einem deutschen R. St. G. B." in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 32.
   b) „Das Strafensystem des deutschen Vorentwurfs zum 3. Deutschen Juristentag." Vortrag in Berlin. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 31.
   c) „Der Vorentwurf zu einem deutschen St.G.B." im Juristischen Literaturblatt, Band 22, Nr. 1.
2. v. Bar: „Die Reform des Strafrechts." 1906.
3. Beling: „Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht." Kritische Beiträge zur deutschen Strafreform, Heft 1.
4. Binding:
   a) „Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Recht." 1909.
   b) „Eine Revolution des Reichsgerichts über Betrug" in der Deutschen Jur. Ztg., Jhg. 1916, Nr. 8.
5. v. Birkmeyer:
   a) „Strafe und sichernde Maßnahmen im Vorentwurf zu einem deutschen St. G. B." Beiträge zur Kritik des Vor.-Entw., Beitrag II.
   b) „Gedanken zur bevorstehenden Reform der Strafgesetzgebung" in Goldammers Archiv, Band 48.
   c) „Strafrechtsreform. Die Stellung des Vor.-E. zu einem deutschen St. G. B. gegenüber dem Streit der Strafrechtsschulen" in Münchener Neuesten Nachrichten, Nr. 524 v. 9. Nov. 09.
6. Boeseke: „Die bedingte Verurteilung und Verwandtes" in der Deutschen Richterzeitung, Jhg. 2, Nr. 1.
7. Bumke: „Der neue Strafgesetzentwurf" in der Deutschen Jur. Ztg., Jhg. 30, Heft 1, 1925.
8. v. Bülow: „Zur Revision des Strafgesetzbuches" in der Festgabe der Deutschen Jur. Ztg. für d. 26. Deutschen Jur. Tag.
9. von Calker:
   a) „Der Vorentwurf zu einem deutschen St. G. B." in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, Jhg. 6, Seite 71.
   b) „Der Vorentwurf zu einem deutschen St. G. B." in der Zeitschrift für die ges. Strafrechtswsch. Band 30, 1910.
   c) „Reform des Strafgesetzes" in den Verhandlungen des 26. Deutschen Jur.-Tages. Verhandl. Band II.
10. Dernburg: „Das Bürgerliche Recht." Band I., 1906.
11. Ebermayer:
   a) „Strafmittelsystem" in den Verhandlungen des 29. Deutschen Jur.-Tages. Gutachten Band I.
   b) „Der neue Strafgesetzentwurf" in der Deutschen Jur. Ztg., Jhg. 30, Heft 10.

12. Feisenberger: „Das Verhältnis der mildernden Umstände zu den besonders leichten und den besonders schweren Fällen“ in der Ztsch. für die ges. Strafrechtswsch., Band 31.

13. Finger: „Gutachten über die richterliche Strafzumessung“ in den Verhandlungen des 29. Deutschen Jur.-Tages. Gutachten Band II.

14. Höpfner: „Diebstahl und Unterschlagung im Vor.-Entw. zu einem deutschen St. G. B.“ 1910.

15. Ihering:
a) „Der Kampf ums Recht.“ 1897.
b) „Der Zweck im Recht.“ 1905.

16. Jeremias: „Moses und Hammurabi.“ 1903.

17. Kohler:
a) „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz.“ 1884. 2. Lieferung.
b) „Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts“ in den Kritischen Beiträgen zur Strafrechtsreform. Heft 11. 1909.
c) „Der Deutsche und Oesterreichische Entwurf“ in Goldammers Archiv. Band 56.

18. Köhler:
a) „Der Vergeltungsgedanke und seine praktische Bedeutung.“ Kritische Beiträge zur deutschen Strafreform, Heft 5.
b) „Der Vorentwurf zu einem deutschen St. G. B. in den Annalen des Deutschen Reichs.“ Band 43, 1910, Nr. 3.

19. Kahl:
a) „Der Vorentwurf zu einem deutschen St. G. B.“ in der Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft. Band 42.
b) „Das neue Strafgesetzbuch.“ 1907.
c) „Gutachten in Verhandlungen des 30. Deutschen Jur.-Tages.“ Gutachten Band II.
d) „Reform der Strafzumessung“ in der Deutschen Jur. Ztg., Jhg. 11. 1906.

20. Kitzinger: „Randbemerkungen zum Vor.-Entwurf eines deutschen St. G. B.“ in der Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft. Band 31.

21. v. Liszt:
a) „Lehrbuch des deutschen Strafrechts.“ 20. Aufl. 1914.
b) „Kritische Besprechungen des Vorentwurfs zu einem deutschen St. G. B. in vergleichender Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Vor.-Entw.“ Band I, Allg. Teil.

22. v. Liszt Eduard: „Oesterreichische Strafgesetzreform“ in der Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft, Band 43, Heft 5. 1922.

23. v. Lilienthal:
a) „Cesare Lombroso“ in der Deutschen Jur. Ztg., Jhg. 14.
b) „Grundriß zur Vorlesung über deutsches Strafrecht.“ 1908.
c) „Der Vorentwurf zu einem deutschen St. G. B.“ in Aschaffenburgs Monatsschrift, Jhg. VI.

24. Lucas: „Bemerkungen zu § 83 des deutschen Vor.-Entw.“ in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, Jhg. 6.

25. v. Lippmann: „Die Stellung des Richters zum Strafgesetze nach dem Vor-E. zu einem deutschen St. G. B.“ in „Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.“ Band 75, Nr. 13, 14.

26. Meyer-Allfeld: „Lehrbuch des deutschen Strafrechts." 8. Auflage. 1922.
27. Merkel Adolf: „Lehrbuch des deutschen Strafrechts." 1899.
28. Mayer M. E.: „Gutachten zum 28. Deutschen Jur.-Tag." Gutachten Band I.
29. Mittermayer: „Die Grundsätze des Vor.-Entw. zu einem deutschen St. G. B. über die Bestimmung der Strafe im Einzelfall" in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. Jhg. VI.
30. Olshausen: „Gutachten in Verhandlungen des 30. Deutschen Juristen-Tages." Gutachten Band II.
31. Oppler: „Ein Ausblick in die Strafrechtssprechung der Zunkunft" in der Deutschen Richterzeitung, Jhg. 2, 1910, Nr. 1.
32. Oertel: „Zukunftsaufgaben und zukünftige Gestaltung der Strafgerichte in der Deutschen Richterzeitung, Jhg. 2, 1910, Nr. 9.
33. Radbruch: „Kritische Betrachtungen zur Strafrechtsreform" in Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Rechts. Allgem. Teil. Band 3.
34. Rosenfeld: „Strafzumessung" in Vergl. Darstellung. Allgem. Teil. Band III.
35. Schoetensack:
a) „Retorsion" in Vergl. Darst. Allgem. Teil. Band II.
b) „Unbestimmte Verurteilung." 1909.
36. Schmidt Richard: „Die Aufgabe der Strafrechtspflege." 1895.
37. Seuffert Hermann: „Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland. 1902.
38. Sonntag: „Kritische Beiträge zum Vor.-Entw. eines deutschen St. G. B." in den Grenzboten, Jhg. 69 (1910) Nr. 27.
39. Thomsen: „Grundriß des deutschen Verbrechensbekämpfungsrechtes." 1905.
40. Unger: „Vorentwurf zu einem deutschen St. G. B." im „Recht", Jhg. 1910.
41. Verhandlungen des 26., 27., 28., 29., 30. Deutschen Jur.-Tages.
42. Vorentwürfe:
a) Zum deutschen St. G. B. von 1909, 1913, 1919, 1925.
b) Zum österreichischen St. G. B. von 1912, 1913, 1921.
c) Zum schweizerischen St. G. B. von 1903, 1908, 1916.
43. Wach:
a) „Reform der Freiheitsstrafe." 1890, S. 56.
b) „Legislative Technik" in Vergl. Darst. Allg. Teil. Band 6.
c) „Der neue Strafgesetzentwurf" in der Deutschen Jur. Ztg., Jhg. 30, Heft 7.
d) „Der Vor.-Entw. zu einem deutschen St. G. B. in der Deutsch. Jur. Ztg., Jhg. 15, Heft 1.
44. Wachenfeld: „Strafbemessung" in Holtzendorffs Enzyclopädie Band 2. 1904.

Stoffverteilung.

A. Einleitung: Vorbemerkungen über die deutsche Strafrechtsreform seit Anfang des 20. Jahrhunderts. Begriff und Wesen, Zweck und Grund der Strafe.

B. Hauptteil: Das Milderungs- bzw. Begnadigungsrecht des Richters in „besonders leichten Fällen“ nach § 75 des Amtl. E. eines Allgem. Deutschen Strafgesetzbuches von 1925.

I. Exkurs über das Ausland unter besonderer Berücksichtigung der Oesterreichischen und Schweizer. Strafrechtsreform.

II. Die Entstehungsgeschichte des § 75 des Amtl. E. und seine Beurteilung in der Wissenschaft und Praxis.

III. Die Voraussetzungen des „besonders leichten Falls“. Unterschied von mildernden Umständen.

IV. Das Milderungsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Verweises.

V. Das Begnadigungsrecht des Richters in „besonders leichten Fällen“, das „Absehen von Strafe“.

1. Materiellrechtliche Gründe.

2. Strafprozessuales.

a) Ein „besonders leichter Fall“ bildet keinen besonderen Tatbestand.

b) Die Feststellung der Urteilsformel.

c) Die Kosten des Verfahrens.

d) Die Rechtsmittel.

Anhang: Zusammenstellung der Abänderungsvorschläge für den Amtl. Entwurf des St. G. B. und für die St. P. O.

C. Schluß.

Die „besonders leichten Fälle“ in der Deutschen Strafreform

Amtlicher Entwurf von 1925, § 75

Motto: Im Rechte brauche still der Weisheit Rat
Und wäg' nie so genau die Missetat.
Nie sollst du, wenn du strafst, dein Mütchen kühlen,
Bei jedem Schlag den eigenen Adam fühlen. *)

Vorbemerkungen.

Πάντα ρεῖ. Dieses Wort des griechischen Philosophen, uralt, ist heute noch nicht veraltet. Das gilt nicht zuletzt für Gesetz und Recht. Mag auch eine Kodifikation im Augenblick ihrer Entstehung allen vernunftgemäßen Forderungen entsprechen, sie ist nicht für die Dauer gegeben. Diese fortlaufend im Flusse begriffene Entwicklung können wir schon im bürgerlichen Recht beobachten, wo es sich um „Mein" und „Dein", um „Mir" und „Dir" handelt, aber noch mehr tritt sie in Erscheinung im Strafrecht, das vor allem zum Schutze materieller Güter berufen ist. Wie v. Liszt's Auftreten in der kriminologischen Arena einen Werdepunkt bedeutet, so ist auch seit ihm der Gedanke einer Erneuerung des Strafrechts fast in allen Kulturländern nicht mehr zur Ruhe gekommen.[1]) In Oesterreich und in der Schweiz, in Schweden und Dänemark, in Italien und in den östlichen Staaten, ja sogar in fremden Kontinenten sind Reformversuche auf dem Gebiete des Strafrechts unternommen worden. In Deutschland hatte schon der 26. Deutsche Juristentag [2]) die Revision des Strafgesetzbuches auf seine Tagesordnung gesetzt. Die Verhandlungen bildeten eine Ergänzung zu den Arbeiten der deutschen Landesgruppe der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, die von ihrer Gründung an sich die Aufgabe gestellt hatte, die Reform der deutschen Strafgesetzgebung vorzubereiten. Am 28. November 1902 trat im Reichsjustizamt ein freies

*) Gerichtssaal Albrechtsburg b. Meissen um 1250.
[1]) Bumke, Zitat aus D. Jur. Ztg. 1925, Heft 1.
[2]) Im Jahre 1902.

wissenschaftliches Komitee zusammen, das sich auf Veranlassung des damaligen Staatssekretärs Dr. Nieberding gebildet hatte und aus Vertretern der verschiedenen Richtungen bestand.[2a]) Dieses Komitee, von der Erkenntnis getragen, daß das Streben nach Umbildung des Strafrechts nicht auf das Deutsche Reich beschränkt sei, sondern sich als eine „Weltbewegung" [3]) darstelle, unternahm es in einer unvergleichlich großzügigen Arbeit eine „Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts" zu geben, in 16 Bänden, von den 6 den allgemeinen, 9 den besonderen Teil behandeln. (Band 16 Sachregister.) Auf Nieberdings Anregung ist dann auch der „Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch" entstanden.[4]) Diesem, vornehmlich von Praktikern unter Führung des Preuß. Ministerialdirektors Lucas aufgestellten Entwurf, der im Jahre 1909 vollendet wurde, stellten 2 Jahre später Kahl, v. Liszt, v. Lilienthal und Goldschmidt den „Gegenentwurf" gegenüber. Bald darauf trat die Strafrechtskommission zusammen, die Juristen aus den verschiedensten deutschen Ländern, Rechtslehrer wie Praktiker aller Berufszweige umfaßte. In fortlaufenden, mehr als 2 Jahre währenden Beratungen, die zunächst von Lucas und dann von Kahl geleitet wurden, entstand der „Entwurf der Strafrechtskommission". Im Jahre 1913 wurde die Arbeit abgeschlossen. Dann kam der Krieg. Erst 1918 wurde die Arbeit wieder aufgenommen. Nochmals wurde, nunmehr von einer nur 4-gliedrigen Kommission, ein neuer Entwurf, der „Entwurf von 1919" aufgestellt, er wurde Anfang 1920 zugleich mit dem Entwurf der Strafrechtskommission veröffentlicht.

Die Veröffentlichung fand nur ein geringes Interesse; fast schien es, als ob die Bewegung im Sande verlaufen sollte. Daß es hierzu nicht kam, ist im wesentlichen der deutschen Juristenwelt (Bamberger Juristentag, Tagungen der Internat. Krim.-Vereing. und Versammlungen des deutschen Anwaltvereins!), der Entschlußkraft des Reichsjustizministers Dr. Radbruch und — last not least — dem Gedanken der deutsch-oesterreichischen Rechtsangleichung zu danken. Im Anschluß an die Aufstellung des „Oesterreichischen Gegenentwurfs", der eine feste Basis

---

[2a]) Wir entnehmen diese geschichtliche Darstellung v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. 20. Aufl., S. 91.

[3]) Wach, D. Jur. Ztg., Jhg. 15, Nr. 1, S. 69.

[4]) In folgender geschichtlicher Darstellung halten wir uns eng an Bumke a. a. O.

für das Zusammenwirken Deutschlands und Oesterreichs wurde, entstand in gemeinsamer Arbeit ein neuer Entwurf, der im September 1922 der Reichsregierung zur Beschlußfassung vorgelegt wurde. Letztere konnte sich jedoch infolge der außer- und innerpolitischen Wirren erst nach mehr als 2 Jahren mit dem Entwurf beschäftigen. Im November 1924 wurden die Beratungen abgeschlossen und der Entwurf dem Reichsrat vorgelegt. Der neue Entwurf, dessen Begründung zurzeit (März 1925) noch aussteht, verdient in erster Reihe um deswillen eine besondere Beachtung, weil er unter den deutschen Entwürfen der erste amtliche Entwurf ist. Wir werden ihn bei Behandlung unsres Themas zu grunde legen.

Nicht Gesetz und Recht ist es, das sich, wie Goethe den Mephistopheles sagen lässt, durch die Jahrhunderte wie eine ewige Krankheit forterbt, sondern ihre „Negation", wie Hegel meint, das Verbrechen, der Erbfeind aller Sitte und Ordnung.

Als Schwert und Schild im Kampfe gegen das Verbrechen dient der Rechtsordnung die Strafe. Diese zu einer wirksamen Waffe schmieden, heißt, sie zielbewußt zu verwerten. Hierzu genügt es nicht, das Verbrechen „in seiner hauptsächlichen äußeren Erscheinung" [5]) zu erforschen, sondern es muß auch „seinen inneren, aus den Tatsachen zu erschließenden Ursachen" [5]) nachgespürt werden. Wer anders verfährt, gliche einem Uhrmacher, der eine unrichtig gehende Uhr an ihren Zeigern zu reparieren versucht, ohne sich um ihr Gangwerk zu kümmern. Auf diesem Boden ist die Kriminalanthropologie entstanden, deren Begründer, Cesare Lombroso, sich in seinem „L'uomo delinquente" ein monumentum aere perennius gesetzt hat.[6])

Will man zur Frage der Strafzumessung Stellung nehmen, so ist es zuvor unerläßlich, daß man sich über die „Strafe" selbst klar wird, daß man Begriff und Wesen, Zweck und Grund derselben erfaßt.

Indem wir an die Spitze dieser Erörterung den Satz von Hugo Grotius stellen: poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis,[7]) bekennen wir uns von vornherein nachdrücklichst zu der Anschauung, daß

---

[5]) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch a. a. O. § 14, S. 73.
[6]) Vgl. dazu v. Lilienthal in D. Jur. Ztg., 14. Jhg., S. 1365—1367.
[7]) Grotius, de iure belli ac pacis, II. c. 20.

die Strafe begriffswesentlich ausschließlich Vergeltung ist. Es ist der Gedanke der vergeltenden Gerechtigkeit die Kraft, „welche eine Welt aus den Angeln hebt," so sagt Wach.[8]) Aber wir verstehen hier unter „Vergeltung" nicht das Talionsprinzip, wie es sich schon in der Gesetzessammlung des Alt-Babylonischen Königs Hammurabi,[9]) später in der lex duodecim tabulalarum im Falle nicht erfolgter Einigung bei „membrum ruptum" findet und in neuerer Zeit noch von Kant vertreten wird.[10]) Vielmehr ist uns „Vergeltung" die Gegenwirkung gegen die Übeltat, die, auf den Urheber der Tat zurückfallend, die Ausgleichung eines durch sie erzeugten Mißverhältnisses zwischen den aktiv und passiv bei ihnen beteiligten Personen bezweckt.[11]) Dieser Standpunkt wird wohl auch in der Mehrzahl der Anhänger der sogenannten klassischen Schule vertreten.

Da die Gegenwirkung gegen die Übeltat nur in der Auferlegung eines Übels bestehen kann, bestimmen wir mit Meyer-Allfeld [12]) die Strafe als das Übel, durch dessen Verhängung der Staat wegen einer schuldhaften Übertretung des Strafgesetzes dem Täter gegenüber Vergeltung übt.[12]) Aber die Tat als solche ist nicht allein entscheidend; es ist auch die Gesinnung zu berücksichtigen, wenn auch nur in soweit, als sie sich in der Tat kund gibt.

Verschieden von der Frage nach dem Wesen der Strafe ist der Strafzweck. Wenn v. Birkmeyer die Gegenüberstellung von Vergeltungswesen und Vergeltungszweck für logisch unhaltbar erklärt, indem er meint, daß die Vergeltung nicht mit zum Wesen der Strafe gehöre, sondern auch ihr Zweck sei,[13]) so muß unsres Ermessens der Zweck der Strafe außerhalb ihres begriffswesentlichen Merkmals

---

[8]) Wach, in Reform der Freiheitsstrafe. 1890. S. 56.

[9]) Jeremias, „Moses und Hamurabi". 1903. S. 21 ff.

[10]) Vgl. auch Binding, „Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Recht". 1909.

[11]) v. Liszt a. a. O. S. 88,89. Zutreffend auch Köhler in „Der Vergeltungsgedanke und seine praktische Bedeutung". „Vergeltung im engeren Sinne ist Gegenleistung gegen eine üble Leistung". (Kritische Beiträge. Heft V., S. 15.)

[12]) Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. 1922, S. 4 Abs. 1.

[13]) v. Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen im Vorentwurf. Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs zum neuen St. G. B. II. Beitr., S. 18 ff.

liegen und kann keinesfalls wiederum in der Vergeltung bestehen.[14])

Nach dem Vorhergesagten liegt es auf der Hand, daß wir die sogenannten absoluten Theorien, die den Zweck der Strafe lediglich in der Vergeltung der begangenen Übeltat erblicken (punitur, quia peccatum est) schlechthin ablehnen.[15]) Das Gleiche gilt von den sogenannten relativen Theorien, die den Zweck der Strafe ausschließlich in der Besserung oder Abschreckung, Sicherung oder Genugtuung suchen oder diese einzelnen Zwecke miteinander verbinden, ohne eine Beziehung der Strafe auf das begangene Verbrechen gelten zu lassen. (Punitur, ne peccetur.[16])

Nach unsrer Auffassung, der zufolge Strafe die Vergeltung für schuldhafte Uebertretung eines Strafgesetzes ist, kann der Zweck der Strafe nur darin bestehen, daß die Bedeutung dieser Uebertretung, also der Widerspruch zwischen dem Verhalten des Täters und der bestehenden Rechtsordnung, dem Täter wie den Rechtsgenossen in eindringlicher Weise zum Bewußtsein gebracht wird. Die Rechtsordnung muß sich also in dreifacher Beziehung bewähren, einmal gegenüber dem Täter selbst, zum anderen gegenüber dem Verletzten, der Genugtuung fordert, und endlich gegenüber der Allgemeinheit, die im Bewußtsein eines durchgreifenden ius puniendi des Staates in ihrem größten Teile befriedigt, zum anderen Teile[17]) von Uebeltaten gewarnt wird.

Wir sind entschieden Anhänger der Vergeltungsstrafe. Gleichwohl bekennen wir uns zu der „Zweck- und Schutzstrafe" insofern, als es Aufgabe der Rechtsordnung ist, durch die Strafe als Verbrechensbekämpfungsmittel die Gesellschaft zu schützen.[18]) Denn da die Strafe dem einzelnen wie der Gesamtheit die Folgen der Uebertretung des Straf-

---

[14]) Adolf Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1899, S. 176. Beling, „Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht" in kritischen Beiträgen zur Strafreform. Heft 1, S. 35. Meyer-Allfeld a. a. O., S. 6. Schoetensack, „Unbestimmte Verurteilung". 1909, S. 21.

[15]) Als Anhänger dieser Theorien nennen wir u. a. Kant, Hegel, Herbart, Stahl. Der Begriff der Vergeltung wird aber von ihnen durchaus verschieden aufgefaßt.

[16]) Vgl. hierzu Meyer-Allfeld a. a. O., S. 7—10.

[17]) Meyer-Allfeld a. a. O., S. 10—11.

[18]) Thomsen in seinem Grundriß des deutschen Verbrechenbekämpfungsrechts. 1905. S. 2. „Das Hauptmittel zur Bekämpfung der Verbrechen, die Strafe, ist zugleich das einzige Mittel zur Vergeltung derselben".

gesetzes eindringlich zum Bewußtsein bringt, wirkt sie sowohl im Sinne der Spezial- als auch der Generalprävention vorbeugend. So lassen sich die Formeln „punitur quia peccatum est" und „punitur ne peccetur" durchaus vereinigen. Meyer-Allfeld schlägt mit gutem Grunde vor: „Punitur quia peccatum est, ne peccetur." [19])

Wer den richtigen Strafzweck erkannt hat, für den ist der Grund der Strafe leicht zu finden. Zutreffend erblickt ihn Meyer-Allfeld ausschließlich in der Notwendigkeit der Strafe.[20]) Wie man sich in der modernen Zeit endlich zu der Anschauung hindurchgerungen hat, daß der letzte Grund der Steuerpflicht in dem Bewußtsein von der Existenznotwendigkeit des öffentlichen Gemeinwesens liegt, so muß es für jeden Kulturstaat eine Selbstverständlichkeit sein, daß er das Verbrechen zu bestrafen hat, soll er nicht sich selbst, soll er nicht die bürgerliche Gesellschaft zum Opfer bringen.[21])

Wohl treibt den Staat der Selbsterhaltungstrieb dazu, von seinem ius puniendi Gebrauch zu machen. Aber eines muß man sich hierbei ständig vor Augen halten: Nicht jeder praktische Fall, der einen vom Gesetz aufgestellten typischen Tatbestand verwirklicht, wiegt gleich schwer; nicht jede Zuwiderhandlung kann bestraft werden. Eine Strafe soll und darf nur dann eintreten, wenn sie als ultima ratio erscheint. Krohne, der langjährige Dezernent für Gefängniswesen im Preußischen Ministerium hat einmal das nur allzuwahre Wort geprägt: „Das Schwert, das zum Holzhacken benutzt wird, versagt seinen Dienst am Tage der Schlacht!"

Exkurs über das Ausland.

Bevor wir auf die Entstehungsgeschichte des § 75 des Amtlichen Entwurfes von 1925 eingehen, wollen wir nicht verfehlen, darauf hinzuweisen, daß der besonders leichte

---

[19]) Meyer-Allfeld a. a. O., S. 12, Anmerk. 28. — Vgl. auch Köhler „Vergeltungsgedanke". S. 63, Anmerk. 2.

[20]) Meyer-Allfeld a. a. O., S. 13. — Vgl. auch Wach „Legislative Technik" in „Vergleichender Darstellung". Allgem. Teil, Bd. 6, S. 72. — v. Lilienthal, „Grundriß zur Vorlesung über deutsches Strafrecht". 1908, S. 46—47. — Merkel, Lehrbuch d. d. Strafrechts. 1899, S. 178. — Richard Schmidt, Die Aufgabe der Strafrechtspflege. 1895, S. 38. — M. E. Mayer, Gutachten zum 28. Deutschen Juristentag. Gutachten Band I., S. 145 ff.

[21]) Vgl. auch Ihering, der Zweck im Recht. 1905, S. 329 ff.

Fall auch in der ausländischen Strafrechtsreform eine Rolle spielt.*)

Besonders im englischen Recht, wo die Freiheit des Richters der des ars boni et aequi ausübenden Römischen Prätors nicht unähnlich ist, finden wir das „Gnade walten lassen" in unbedeutenden Fällen ganz allgemein dem Ermessen des Richters überlassen. Nach dem Summary Jurisdiction Act von 1879 (42 und 43 Vict. chap. 49, sec. 16, subs. I) kann der Friedensrichter den „discharge" anordnen, d. h. von Strafe absehen, wenn er denkt, daß die Anklage, obschon erwiesen, doch von so unbedeutender Natur erscheint, daß es unzweckmäßig ist, eine Strafe oder mehr als eine nominelle Strafe zu verhängen. Diese „Loslassung" kann der Richter entweder uneingeschränkt bestimmen oder mit der Auferlegung einer Sicherheit für Wohlverhalten bezw. mit der Anordnung einer geringen Entschädigung für den Kläger verbinden.*)

Auch das Norwegische St. G. B. von 1902 weist eine Reihe teils spezieller, teils genereller Bestimmungen auf, die dem Richter gestatten, nach Ermessen ganz von Strafe abzusehen. So kann der Richter bei Irrtum über die Rechtswidrigkeit (§ 57), bei Teilnahme, wenn der Teilnehmer im wesentlichen durch Abhängigkeit von einem anderen Beteiligten zu der Mitwirkung veranlaßt worden oder wenn seine Mitwirkung im Verhältnis zu der anderer von geringer Bedeutung gewesen ist (§ 58) und bei tätiger Reue (§ 59) die Strafe ganz fortfallen lassen, vorausgesetzt, daß nach sonstigen Regeln Geldstrafe verhängt werden könnte. Auch im besonderen Teil dieses Strafgesetzes gibt es eine ganze Menge von Vorschriften, die ein Absehen von Strafe zulassen, meistenteils jedoch das Vorliegen mildernder Umstände voraussetzen. (Z. B. §§ 127 Abs. 1, S. 2, §§ 256 Abs. 4, S. 2, 394 Abs. 2, 392, 395 Abs. 2, 394 Abs. 2.*)

---

*) Rosenfeld hat es unternommen, die Bestimmungen über das Absetzen von Strafe im ausländischen Recht in rechtsvergleichendem Zusammenhange zu behandeln. Vgl.:

1. „Welche Strafmittel können an die Stelle der kurzzeitigen Freiheitsstrafe gesetzt werden?" 1890, S. 77—87.
2. „Strafzumessung" in vergl. Darstellung. Allgem. Teil, Bd. 3, S. 165—169.

*) Vgl. Rosenfeld, Die richterliche Strafzumessung in vergl. Darstellung. Allgem. Teil, Band 3, S. 167.

*) Vgl. Rosenfeld a. a. O., S. 166, 167.

Einige Fälle des fakultativen Absehens von Strafe finden sich auch im neuen japanischen St. G. B. vom 23. April 1907, jedoch ohne durchgreifendes Prinzip.*)

Es würde uns uns zu weit führen und kann auch nicht unsere Aufgabe sein, das gesamte Ausland auf diese Frage hin zu prüfen. Wir wollen uns vielmehr auf die beiden benachbarten Länder beschränken, mit denen uns auf kulturellem wie rechtlichen Gebiete starke Bande vernüpfen, nämlich Oesterreich und die Schweiz. Gerade die Juristen des Deutschen Reiches, Oesterreichs und der Schweiz haben eine besondere Veranlassung zur vergleichenden Betrachtung ihrer Rechtsinstitutionen; denn der Fortschritt vornehmlich auf dem Gebiete des Strafrechts kommt gewiß nicht von der Isolierung, sondern einzig von der Gemeinschaft.

a) Oesterreich:

Der „Regierungsentwurf eines Oesterreichischen Strafgesetzbuches und einer Abänderung der Strafprozeßordnung" von 1912 sieht im § 47 eine Reihe von Fällen vor, in denen der Richter eine Milderung der Strafe eintreten lassen kann. Die Fälle interessieren hier nicht, höchstens könnte man den Fall hervorheben, wenn der Täter vor Beginn der Verfolgung „den drohenden Schaden abwendet oder den angerichteten Schaden gutmacht."

Im § 54 a—c ist das „Absehen von Strafe" festgelegt, allerdings nur zugunsten sogen. Jugendlicher. „Hat ein Jugendlicher aus Uebermut, Unüberlegtheit oder einem ähnlichen Grunde, der nicht auf verderbte Gesinnung hinweist, eine den Umständen nach geringfügige und mit einer drei Monate nicht übersteigenden Freiheitsstrafe oder 1000 Kronen nicht übersteigenden Geldstrafe bedrohte Tat begangen, so kann das Gericht nach Feststellung des Tatbestandes und der Verantwortlichkeit im Urteile davon absehen, eine Strafe zu verhängen und den Täter nach ernster Ermahnung zum Wohlverhalten entlassen. Das Absehen von Strafe ist nur bei Jugendlichen zulässig, die das erste Mal verurteilt werden."

Der Entwurf von 1913 gleicht in der Hauptsache dem Entwurf von 1912 und die neueste Regierungsvorlage vom Jahre 1921 stellt im Gegensatz zu den beiden vorher genannten Entwürfen eine Ueberarbeitung des geltenden Oesterreichischen Strafgesetzbuches von 1852 und damit

*) Vgl. Rosenfeld a. a. O., S. 166.

implicite des St. G. B. vom Jahre 1803 dar.*) Wir ersehen aus der Vorlage, daß das außerordentliche Strafmilderungsrecht weiterhin vervollständigt ist. Ein „Absehen von Strafe" im Sinne unseres amtlichen Entwurfs ist nicht vorgesehen.*)

b) Die Schweiz:

Der Schweizer Vorentwurf von 1903 weist einige, wenn auch spärliche, Beispiele auf, in denen der Täter von Strafe befreit werden kann. Eine generelle Vorschrift besteht nicht. Der „Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch" von 1908, hervorgegangen aus einer Revision des Expertenentwurfs von 1903, enthält im Art. 53 ganz allgemein die richterliche Befugnis zur Strafmilderung nach freiem Ermessen. Es heißt dort: „Ermächtigt das Gesetz den Richter ausdrücklich, die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern, so ist der Richter an die Strafart und das Strafmaß, die für das Verbrechen angedroht sind, nicht gebunden." Des weiteren kennt der Vorentwurf von 1908 den „Wegfall der Strafe" bei Tod, unheilbarer Geisteskrankheit, Begnadigung, Verjährung des Verbrechens, Verjährung der Strafe, bei bedingtem Straferlaß (Art. 58—61), aber ein „Absehen von Strafe" in unserem Sinne ist ihm unbekannt.

Auch der Vorentwurf zu einem Schweizerischen St. G. B. von 1916 kennt nicht die Straffreiheitserklärung. Im Art. 65 hat er eine dem Artikel 53 des Vorentwurfes von 1908 wörtlich fast gleichlautende Bestimmung. Und doch muß unseres Erachtens — damit geben wir vorweg unsere Stellung zum Thema offen kund — gerade in demokratisch und in parlamentarisch regierten Staaten alles getan werden, um die Begnadigungsinstanz so wenig als möglich eingreifen zu lassen. Demzufolge muß im Rahmen der Gesetzesanwendung der Richter selbst ermächtigt werden, in geringfügigen, nicht strafwürdigen Fällen von Bestrafung absehen zu können.

---

*) Vgl. Eduard v. Liszt, Oesterreichische Strafgesetzreform, in Ztschr. f. d. ges. Strafrechtswsch. Bd. 43, Heft 5, 1922, S. 538.

*) Eduard v. Liszt a. a. O., S. 551 ff.

Die Entstehungsgeschichte des § 75 des amtlichen Entwurfs und seine Beurteilung in der Wissenschaft.

Die Vorschrift des § 75 des amtlichen Entwurfs lautet:

„In besonders leichten Fällen mildert das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen. Wo es zugelassen ist, kann das Gericht von Strafe absehen.

Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn trotz Zubilligung mildernder Umstände die mildeste zulässige Strafe noch unbillig hart sein würde."

Wohl ist im Augenblick dieser Niederschrift (März 1925), wie schon bemerkt, die auf dem Titel des amtlichen Entwurfs angekündigte Begründung noch nicht erschienen, aber da der amtliche Entwurf die Strafzumessung nach dem Vorgange der bisherigen Reformarbeiten behandelt, können wir uns hier auf diese, insbesondere auf den „Vorentwurf" stützen.

Die Motive des Vorentwurfs von 1909 [22]) führen zur Rechtfertigung der für die „besonders leichten Fälle" vorgesehenen Regelung folgendes aus: „Trotz aller Sorgfalt bei der Formulierung der Tatbestände der einzelnen Delikte läßt es sich nämlich nicht ausschließen, daß in außergewöhnlich gearteten Fällen zwar die Begriffsbestimmung, nicht aber der Gedanke und Zweck des Gesetzes zutrifft, so daß die im Gesetz vorgesehene Strafandrohung an sich oder nach Art und Maß als eine Härte empfunden wird. Solche Fälle ergeben Verurteilungen, die als unbillig angesehen werden und die öffentliche Meinung gegen die Rechtspflege verstimmen, sie lassen sich aber bei der Vielgestaltigkeit des wirklichen Lebens durch keine Mühe bei der Fassung der gesetzlichen Begriffsbestimmungen, sondern nur dadurch ausschließen, daß dem Richter eine außerordentliche diskretionäre Befugnis gegeben wird, in außergewöhnlich mild liegenden Fällen, auf welche das Gesetz nicht berechnet ist, die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern."

Es wird sich nicht vermeiden lassen, daß das Volksgefühl sich schneller entwickelt als Recht und Rechtsprechung. So ist häufig darüber Klage geführt worden, daß das geltende System der Mindeststrafen den Richter zwingt, bei vielen Delikten — ich führe nur Diebstahl und Unterschlagung an — auf Strafen zu erkennen, die vielfach als unbillige Härte empfunden werden und „in dem Richter

[22]) Motive zum Vorentwurf von 1909, S. 321—322.

das lang nachwirkende Gefühl zurücklassen, daß er in solchem Fall durch das Gesetz zu einem seinem Rechtsgefühl widersprechenden Urteilsspruch gezwungen worden ist." [23]) Das Verlangen nach gänzlicher Abschaffung der Mindestgrenze, welches dieser Uebelstand zeitigte, konnte der Entwurf nicht erfüllen, da er mit Recht zu bedenken gab, daß eine derartige allgemeine Milderung die Schwere der noch immer zahlreichen ernsteren Strafandrohungen aufheben und das Ansehen des Gesetzes wie den Schutz des Publikums verringern würde.[24]) Das Problem bestand nun darin, dem Richter es zu ermöglichen, auch außergewöhnlich milde Fälle, für welche eine Strafe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens unbillig hart erscheinen würde, angemessen zu bestrafen, dabei aber andrerseits der naheliegenden Gefahr vorzubeugen, daß der Richter durch das ihm gewährte Milderungsrecht sich zu schablonenhafter Milde verführen läßt.[25]) Der Entwurf hat diese Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise es dem Richter gestattet sein soll, eine mildere als die im Gesetz für ein Delikt allgemein angedrohte Strafe eintreten zu lassen, dadurch gelöst, daß er sich zunächst für die schon immer von v. Liszt [26]) geforderte allgemeine Zulassung mildernder Umstände erklärte. Da man aber in vielen Fällen auch mit dem Minimum der angedrohten Strafe den im konkreten Fall vorliegenden Milderungsgründen nicht gerecht werden kann, [27]) so einigte man sich auf die Vorschrift des § 75.

§ 75 des amtlichen Entwurfs hat bei den Vertretern der verschiedenen Richtungen eine verschiedenartige Beurteilung gefunden. Auf der einen Seite stehen z. B. v. Liszt,[28]) Wach,[29]) Mittermaier,[30]) Kahl,[31]) v. Lilienthal,[32])

---

[23]) Boeseke, Dtsch. Richterzeitung, II. Jahrg., Nr. 1.

[24]) Vgl. Begründung z. Vor-Entw. v. 09, S. 320.

[25]) Vgl. Aschrott in Zeitschrift für die ges. Strafrechtwissenschaft. Band 32, S. 134.

[26]) v. Liszt, Kritische Besprechungen des Vor-Entw. in vergl. Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Vorentwurfs. Band I. Allgem. Teil, S. 379.

[27]) Vgl. Begründung z. Vor-Entw. a. a. O.

[28]) v. Liszt a. a. O., S. 382.

[29]) Wach, in Dtsch. Jur. Ztg., Jhg. XV., S. 113.

[30]) Mittermaier, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, Jhg. VI., S. 171.

[31]) Kahl in Ztschr. für die ges. Strafrechtswsch. Bd. 42, S. 215.

[32]) v. Lilienthal in Aschaffenburgs Monatsschrift, Jhg. VI., S. 112.

van Calker.[33]) Auf der anderen Seite erblickt v. Birkmeyer[34]) in dieser Vorschrift die „Statuierung eines über alles Maß hinausgehenden richterlichen Ermessens" und die Preisgabe des Satzes: nulla poena sine lege. Aehnlich sieht Oppler[35]) in einer derartigen „Machterweiterung" ein „Danaergeschenk" für den Richterstand, der alle Veranlassung hat, laut und entschieden seine Stimme dagegen zu erheben.

Wir stehen auf dem Standpunkt, daß die Vorschrift des § 75 die notwendige und erfreuliche Folge der größeren Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit im Entwurf ist. Denn um die Strafe der Persönlichkeit des Täters anpassen zu können, ergibt sich als eine Notwendigkeit, auch dem Richter eine größere Bewegungsfreiheit als bisher einzuräumen.[36]) „Zu dieser richterlichen Freiheit soll und muß man sich bekennen, wenn man eine gerechte, mit dem Leben Schritt haltende, das Rechtsgefühl befriedigende Justiz, einen volkstümlichen Richterstand haben will. Durch von Mißtrauen diktierte Gesetze erzieht man Gesetzessklaven, nicht Richter, in deren Hände man getrost das Wohl und Wehe des Volkes legen darf."[37])

Die Voraussetzungen des „besonders leichten Falles". Abgrenzung von „mildernden Umständen".

Der Vorentwurf § 83 Abs. 2 bestimmt:

„Ein besonders leichter Fall liegt vor,wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint, so daß die Anwendung der ordentlichen Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten würde."

Im Gegenentwurf findet sich verbotenus dieselbe Erklärung, und der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission systematisch bearbeitet von Ebermayer, weist nur geringfügige Aenderungen redaktioneller Natur auf. (Siehe Seite 24 u. a. O.)

---

[33]) van Calker in Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft. Band 30, S. 289.

[34]) v. Birkmeyer, Beitrag z. Kritik des Vor-E. 1910. Bd. I., S. 61.

[35]) Oppler, Dtsch. Richterzeitung, II. Jhg., Nr. 1, S. 3.

[36]) Vgl. auch van Calker a. a. O., S. 289; dgl. Kahl a. a. O., S. 215.

[37]) Wach, Zitat aus Dtsch, Jur. Ztg., Jhg. XV., S. 113.

Der amtliche Entwurf von 1925 beschränkt sich auf folgende kurze Fassung:

„Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn trotz Zubilligung mildernder Umstände die mildeste zulässige Strafe noch unbillig hart sein würde."

Man hat es hier also vermieden, die Voraussetzungen anzugeben, unter denen „trotz Zubilligung mildernder Umstände die mildeste zulässige Strafe noch unbillig hart sein würde". Wir erblicken hierin einerseits einen beachtlichen Fortschritt, zum anderen einen bedauerlichen Mangel. Ein Fortschritt liegt insofern vor, als eine Beschränkung auf die „rechtswidrigen Folgen der Tat" und den „verbrecherischen Willen des Täters" zu kasuistisch erscheint, ein Gesetz aber um so wertvoller wird, je mehr aus ihm eine Kasuistik ausgemerzt wird. Verständigerweise hat man ja auch davon abgesehen, in der bisherigen Strafrechtsreform und so auch im § 67 des amtlichen Entwurfs die Gründe, die den Richter bei der Strafzumessung leiten sollen, zu limitieren. Vielmehr sind nur einige — allerdings wohl die wichtigsten — Gründe angegeben, wie sich aus der Anweisung „es soll namentlich berücksichtigt werden" ergibt. Der Gesetzgeber ist ja garnicht in der Lage, alle bei Beurteilung der Tat zu wertenden Momente hervorzuheben. Das erklärt sich schon daraus, daß die einzelnen Delikte sich nach ihrer Wesensart mehr oder minder weit von einander unterscheiden.

Nun hatte der Vorentwurf den objektiven Strafzumessungsgrund, d. h. die „unbedeutenden Folgen der Tat" und einen subjektiven Grund, d. h. den „geringen verbrecherischen Willen des Täters" als charakteristisch für einen „besonders leichten Fall" hingestellt. Mit demselben Recht könnte man aber auch andere subjektive Strafzumessungsgründe, wie den Anreiz zur Tat", das „Vorleben des Täters", seine persönlichen Verhältnisse und seine wirtschaftliche Lage zur Zeit der Tat" u. a. m., als entlastend im Sinne „eines besonders leichten Falles" bezeichnen. Auf der anderen Seite heißt es im Vorentwurf nicht nur, daß der verbrecherische Wille des Täters gering sein muß, sondern auch, daß er „nach den Umständen entschuldbar erscheint".[38]) Darauf legen wir beim „besonders

[38]) Entschuldbar erscheint der Täter nicht allein, weil der verbrecherische Wille gering war, sondern auch die auf Seite 29 angeführten Gründe können für die Frage nach der Entschuldbarkeit bestimmend sein.

leichten Fall" allen Nachdruck, wie nachstehende Ausführungen zeigen werden."

Es ist in der Strafrechtsliteratur die Ansicht vertreten,[39]) daß die Annahme „mildernder Umstände" den „besonders leichten Fall" überflüssig mache.[40]) Auf diesem Standpunkt steht Feisenberger.[40a]) In folgender Weise sucht er seine Auffassung zu rechtfertigen. Wenn in der Begründung des Vorentwurfs (S. 319) stehe, daß bei besonders leichten Fällen stets mildernde Umstände anzunehmen seien, „aber außer diesen noch etwas weiteres", so treffe das nicht zu, weil hier allein die Fassung der §§ 82, 83[41]) maßgebend sei. Nicht selten kämen Fälle vor, die man nach der Begriffsbestimmung des § 83 zwar als besonders leicht ansehen könne, bei denen aber sonst außer den Gründen, die den besonders leichten Fall zu einem solchen stempelten, keine Gründe vorliegen, die für Milderung der Strafe sprächen. Auch seien Fälle denkbar, bei denen die für Milderung der Strafe sprechenden Gründe an sich nicht überwiegen, wenn man die den besonders leichten Fall ausmachenden Gründe in Verhältnis setze zu allen anderen für eine geringere oder höhere Strafe sprechenden Umständen. So ergebe sich, daß mildernde Umstände nicht vorzuliegen brauchten, trotzdem ein besonders leichter Fall anzunehmen sei. Dieses Resultat lasse sich nur dann vermeiden, wenn die Voraussetzungen des besonders leichten Falles schlechthin als mildernde Umstände Geltung erhielten. Dann aber hätten die besonders leichten Fälle keinen Raum mehr im Gesetz, da sie nichts anderes als Fälle seien, in denen nach positiver Gesetzesvorschrift stets mildernde Umstände vorliegen. Aus dieser Erwägung heraus verlangt Feisenberger die Beseitigung des § 83, indem er dem § 82 als dritten Absatz folgende Bestimmung angegliedert wissen will:[42])

---

[39]) Vgl. Seite 8.

[40]) Umgekehrt wird behauptet, daß ein „besonders leichter Fall" die Beibehaltung der „mildernden Umstände" nicht mehr erfordere. So van Calker in „Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch" in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 6. Jhg., S. 71. — Vgl. hiergegen Lucas, „Bemerkungen zu § 83 des Vorentwurfs zu einem deutschen St. G. B." in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. Jhg. 6, S. 205—206.

[40a]) Feisenberger, „Das Verhältnis der mildernden Umstände zu den besonders leichten und den besonders schweren Fällen" in der Ztschr. f. d. ges. Strafrechtswsch., Bd. 31, S. 950.

[41]) Die in folgenden Ausführungen dieses Abschnittes genannten Paragraphen beziehen sich stets auf den Vorentwurf.

[42]) Feisenberger a. a. O., S. 949.

„Mildernde Umstände liegen sets vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind, und der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint."

Wer aber, so sagt Feisenberger weiter, nicht seiner Meinung sei, d. h. durch ein so weitgehendes Strafmilderungsrecht, wie es § 83 vorsehe, die Rechtspflege nicht für gefährdet erachte, der müsse doch zweckmäßig eine Streichung des § 83 Abs. 1 fordern und dem von ihm — Feisenberger — vorgeschlagenen dritten Absatz des § 82 hinzufügen:

„In diesen Fällen darf das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern und, wo dies ausdrücklich zugelassen ist, von einer Strafe überhaupt absehen."[43])

Wenn wir zu Feisenbergers Einwendungen Stellung nehmen, so muß man vorweg sagen, daß dieser Schriftsteller von seinem Standpunkt aus folgerichtig vorgeht und seine Abänderungsvorschläge durchaus geschickt macht. Aber wir vermögen seinen Standpunkt keineswegs zu teilen. Wohl halten wir es für völlig unmöglich, daß man einen besonders leichten Fall annehmen kann, ohne daß in ihm zugleich mildernde Umstände vorliegen, aber mildernde Umstände machen noch nicht einen „besonders leichten Fall" aus. Gewiß ist es richtig, wenn Feisenberger erklärt: „Es gibt sehr wohl und nicht selten Fälle, die zwar nach der Begriffsbestimmung des § 83 Abs. 2 „besonders leicht" sind, bei denen aber s o n s t außer den Gründen, die den besonders leichten Fall ausmachen — keine Gründe vorliegen, die für Milderung der Strafe sprechen." Denn — unbeschadet der für den besonders leichten Fall nach § 83 Abs. 2 gegebenen Voraussetzungen — sind im einzelnen sogar „Strafmehrungsgründe" denkbar, wie z. B. günstige gesellschaftliche oder wirtschaftliche Verhältnisse des Täters, beharrliches Leugnen, mangelndes Bestreben zur Wiedergutmachung und dgl. mehr. Man braucht demnach für einen „besonders leichten" Fall nicht zu verlangen, daß die Tat in a l l e n ihren Voraussetzungen, Begleiterscheinungen und Wirkungen den Täter zu entlasten geeignet ist, so daß das „sonst" in dem vorher erwähnten Satze Feisenbergers der Berechtigung sicherlich nicht entbehrt. Aber mildernde Umstände bilden „das Ergebnis der Bilanz zwischen Straf-

[43]) Feisenberger a. a. O., S. 950.

minderungs- und Strafmehrungsgründen",[44]) und so wird doch niemand bestreiten wollen, daß der Richter bei seiner abwägenden Tätigkeit immer dann mildernde Umstände annehmen wird und muß, wenn „die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters nur gering erscheint." Mögen „sonst" noch Strafmehrungsgründe vorliegen, die Wagschale neigt sich zu Gunsten des Täters, wenn die Folgen seiner Tat und sein verbrecherischer Wille nur gering sind. Eines oder das andere allein dürfte wohl nur in den allerseltensten Fällen genügen, um dem Täter die Wohltat eines außerordentlichen Strafrahmens zu erweisen, aber beide zusammen stellen gewissermaßen die Imponderabilien der mildernden Umstände dar.

Kommt zu diesen beiden Imponderabilien der mildernden Umstände noch das Moment hinzu, daß der geringe verbrecherische Wille des Täters „den Umständen nach entschuldbar" erscheint, dann und nur dann können wir von einem „besonders leichten Fall" sprechen.[45]) Damit sind wir am springenden Punkt angelangt, d. h. wir vertreten die Auffassung, daß lediglich die „Entschuldbarkeit" des geringen verbrecherischen Willens das Kriterium bildet, das unterscheidende Merkmal ist, das den besonders leichten Fall über den außerordentlichen Strafrahmen der mildernden Umstände noch insoweit hinaushebt, daß die „Anwendung der ordentlichen Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten würde", oder, wie es im § 75 Abs. 2 des Amtlichen Entwurfes von 1925 heißt, daß „trotz Zubilligung mildernder Umstände die mildeste zulässige Strafe noch unbillig hart sein würde".

Man könnte vielleicht einwenden, daß nach unsrer Auffassung das Gesetz zum Ausdrucke bringen müßte, daß mildernde Umstände dann stets angenommen werden müssen, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters nur gering erscheint. Aber das hieße, dem Rechtsempfinden und dem gesunden Menschenverstande des Richters zu nahe treten, der ja von selbst in der Lage sein wird, zu entscheiden, ob eine Tat milder zu beurteilen ist oder nicht.[46])

[44]) Radbruch in „Vergleichender Darstellung". Allgem. Teil, Band 3, S. 198.

[45]) Vgl. hierzu auch Unger, „Vorentwurf zum deutschen St. G. B." im „Recht", Jhg. 1910, Spalte 115.

[46]) Eine Definition der mildernden Umstände gehört nicht in das Gesetz.

Auf der anderen Seite dürfen wir selbst dann nicht zu der Annahme eines „besonders leichten Falles" kommen, wenn zwar der geringe verbrecherische Wille des Täters entschuldbar erscheint, auch alle möglichen Strafmilderungsgründe gegeben, aber die rechtswidrigen Folgen der Tat nicht unbedeutend sind. In solchem Falle hat man gewiß mildernde Umstände anzunehmen, nicht aber einen besonders leichten Fall.

Übrigens ist die Begriffsbestimmung der mildernden Umstände, wie sie im § 73 des Amtlichen Entwurfs enthalten ist, abzulehnen. Es heißt dort:

Das Gericht kann die Strafe auch dann nach § 72 mildern, wenn es annimmt, daß die Tat hauptsächlich auf Ursachen zurückzuführen ist, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen (Mildernde Umstände).[47])

Diese Definition ist farblos und sachlich anfechtbar. Letzteres um deswillen, weil hier auf die Ursachen der Tat abgestellt wird, während die Wirkungen völlig unberücksichtigt bleiben. Sind also — bei vorwerfbarem Verhalten des Täters — die Folgen der Tat nur unbedeutend, so hat der Richter wohl die Möglichkeit, innerhalb des ordentlichen Strafrahmens auf die Mindeststrafe zu erkennen, aber er darf den außerordentlichen Strafrahmen nicht anwenden, d. h. mildernde Umstände nicht annehmen!

Nach vorstehenden Ausführungen machen wir nunmehr den Vorschlag, den § 75 Abs. 2 des Amtlichen Entwurfs von 1925 folgendermaßen zu fassen:

„Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn Tat und Täter entschuldbar erscheinen, so daß trotz Zubilligung mildernder Umstände die mildeste zulässige Strafe noch[48]) unbillig hart sein würde".

Das Milderungsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Verweises.

Nach unserem Entwurf wird dem Gericht ganz allgemein die Befugnis eingeräumt, die gesetzlichen Strafen nach freiem Ermessen zu mildern, ohne daß eine kasuistische Beschränkung vorgesehen ist. Das allgemeine

---

[47]) Wach, in Dtsch. Jur. Ztg., 30. Jhg., Heft 7, Sp. 543, sagt: „Zu erwägen ist, ob § 73 für den „besonders leichten Fall" nach § 75 noch Raum läßt". Meines Erachtens unbedenklich!

[48]) Das Moment der Entschuldbarkeit ist maßgebend, besonders zum Unterschied von mildernden Umständen, wo es nicht Voraussetzung ist.

Strafmilderungsrecht, das also den Richter unter die Mindeststrafe des außerordentlichen Strafrahmens (mildernde Umstände!) herabgehen läßt, könnte indessen auch dadurch ausgeübt werden, daß nur auf Verweis erkannt wird.

Der Verweis im Reichsstrafgesetzbuch von 1871, nur gegenüber sogenannten Jugendlichen zulässig (§ 57 Nr. 4), nach dem Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923 aufgehoben (§ 47. Vgl. aber ebenda § 7, wo „Verwarnung" als Erziehungsmaßregel vorgesehen ist, findet im ausländischen Recht auch gegen Erwachsene Anwendung.[49]) Die Forderung, den Verweis als allgemeine Strafe zuzulassen, ist auf dem 30. deutschen Juristentage nach zustimmendem Gutachten von Ebermayer und Krohne angenommen worden.[50]) Denselben Standpunkt vertreten der Vorentwurf (§ 37, der Gegenentwurf (§ 67) und auch die Beschlüsse der amtlichen Strafrechtskommission,[51]) während der amtliche Entwurf den Verweis überhaupt nicht kennt.

Ueber die Zweckmäßigkeit einer allgemeinen Aufnahme des Verweises in das Strafgesetzbuch gehen die Ansichten in der Wissenschaft wie Rechtsprechung weit auseinander.

Liszt's Ansicht, daß der richterliche Verweis für diejenigen, deren Ehrgefühl stumpf geworden oder niemals rege gewesen sei, sich als „Komödie ohne jede ernste Bedeutung" darstelle, für die Ehrliebenden aber eine schwere Kränkung enthalte, ist gewiß nicht von der Hand zu weisen. Aber ein verständiger Richter wird sich seine Leute ansehen und, wie der Vorentwurf anführt, die Anwendung des Verweises auf solche Individuen beschränken, von denen erwartet werden darf, daß er als Strafe empfunden wird.[52]) Allerdings muß immer wieder darauf hingewiesen werden, daß es durchaus nicht genügt, wenn der Strafrichter das Gesetz kennt. Vielmehr muß er mit reicher Menschenkenntnis und scharfer Beobachtungsgabe ausgestattet sein, um sich von vornherein darüber eine klare

---

[49]) Vgl. Vorentwurf. Begründung S. 43.

[50]) Ebermayer, „Strafmittelsystem in Verhandlungen des 29. deutschen Juristentages. Gutachten Band I., S. 295—296. — Krohne a. a. O. Gutachten Band IV., S. 229. — Verhandlungen des 30. Dtsch. Jur.-Tages, Band II., S. 523 ff.

[51]) Vgl. Dtsch. Jur. Ztg., Jhr. 16, Nr. 11, S. 725.

[52]) Vorentwurf, Begründung S. 44. — v. Birkmeyer, „Gedanken zur bevorstehenden Reform der Strafgesetzgebung" in Goldammers Archiv, Band 48, leugnet, daß der Verweis den Charakter eines Uebels habe.

Vorstellung machen zu können, ob der Verweis in concreto heilsam oder nutzlos und schädlich sein würde.[53])

Was die Form anlangt, so muß man entschieden für eine mündliche Erteilung des Verweises eintreten, da die Schriftform ohne Eindruck bleibt. Es klingt witzig und ist doch durchaus richtig gedacht, wenn Kahl sagt: „Ein Verweis in schriftlicher Form ist eine Strafe. Ihn kann sich der Verurteilte zu Hause einrahmen lassen und die Enkel werden darüber lächeln!" [54]) Der Ehrliebende, der nun einmal in einer leichtsinnigen Anwandlung gegen das Strafgesetz verstoßen hat, wird keinen Wert darauf legen, die Beurkundung seines Fehltritts ständig vor Augen zu haben, während Personen, deren Ehrgefühl nicht sonderlich stark ausgeprägt ist, ein derartiges Dokument zum Hohne für die Justiz aufbewahren oder vernichten werden. Selbst dann wird man sich nicht für eine schriftliche Form entscheiden können, wenn der zur Strafe des Verweises Verurteilte in der Hauptverhandlung nicht anwesend ist, gleichviel ob er sich am Sitze des Gerichts oder an einem entfernten Orte aufhält. Im ersteren Falle ist der Amtsrichter bezw. der Vorsitzende des Kollegialgerichts, im letzteren Falle ein ersuchter Richter für die Erteilung und Vollstreckung des Verweises als zuständig zu erachten und zwar stets in öffentlicher Sitzung [55]) bei Anwesenheit aller in der Hauptverhandlung erforderlichen Faktoren. Während der Vorentwurf „t u n l i c h s t" mündliche Vollziehung verlangt, erklärt der Entwurf der Strafrechtskommission: „Der Verweis soll in der Regel in mündlicher Form erteilt werden",[56]) vertritt der Gegenentwurf (§ 67) den unseres Erachtens allein richtigen Standpunkt, wenn er die Vollziehung des Verweises ausnahmslos in mündlicher Form fordert und hiermit nur den Richter betrauen will.

Hinsichtlich des Zeitpunktes der Vollstreckung kann an sich kein Zweifel darüber bestehen, daß die sofortige

---

[53]) Für den Verweis u. a. Kahl „Das neue Strafgesetzbuch" 1907, S. 20; derselbe in Verhandlungen des 30. Dtsch. Juristentages. Verhandlungen II., S. 387; ebenda Ohlshausen S. 375. — van Calker in Verhandl. des 26. Deutschen Juristentages. Band II., S. 254. — Kahl in Verhandl. des 30. Dtsch. Juristentages. Band II., S. 395—396.

[54]) Kahl in Verhandl. des 30. Dtsch. Jur.-Tages, Bd. II., S. 395-396.

[55]) Aschrott in Ztschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. Bd. 31, S. 333. Anm. 14, wendet sich gegen die öffentliche Verweiserteilung: „So würde sie Beschämung und Entrüstung in vielen Fällen erregen, wo der Verweis zu inneren Einkehr mahnen und diese herbeiführen sollte."

[56]) Vgl. Dtsch. Jur. Ztg., Jhg. XVI., Nr. 11, S. 725.

Vollstreckung am wirksamsten ist.[57]) Zustimmen muß man auch dem Vorentwurf, wenn er dem Ausdruck gibt, daß der Richter den Verweis überwiegend nur geständigen Angeklagten erteilen wird, also Personen, die auf Einlegung von Rechtsmitteln regelmäßig verzichten, so daß der unmittelbaren Vollstreckung nichts im Wege steht.[58]) Aber zu beachten ist andrerseits, daß die auf eine Woche bemessene Rechtmittelfrist dem Verurteilten Gelegenheit verschaffen soll, sich darüber klar zu werden, ob er gut daran tut, sich bei dem Urteil zu beruhigen oder nicht. Bedenkt man weiter, daß der Verurteilte nicht selten unter einem — unbeabsichtigten — Drucke des Gerichts alsbald in der Hauptverhandlung auf Einlegung eines Rechtsmittels verzichten wird, so muß man doch zu der Forderung gelangen, daß für die Vollstreckung des Verweises ein neuer Termin notwendig ist.

Das Begnadigungsrecht des Richters in besonders leichten Fällen.

1. Materiellrechtliche Gründe.

Als Schwert und Schild im Kampfe gegen das Verbrechen dient der Rechtsordnung die Strafe. Je zielbewußter sie verwertet wird, umso wirksamer wird ihr Erfolg sein. Es gilt daher für den Richter, sich von verkehrter Sentimentalität frei zu machen und dem Täter seine Tat abzugelten. So sind gewerbsmäßige und sonst gemeingefährliche Verbrecher mit empfindlicher Strafe zu belegen. Aber — und das ist die „Kehrseite der Medaille" — wenn auch der Rechtsgrund der Strafe ihre Notwendigkeit ist, so hat die Strafe doch nur ihren rechten Grund, wenn und soweit sie notwendig ist.

Dem hat man in der Strafrechtsreform Rechnung getragen, indem man dem Richter die Befugnis zuspricht, in „besonders leichten Fällen" den Täter für straffrei zu erklären. Läßt sich eine solche Vorschrift rechtfertigen? — Diese Frage ist nach wie vor lebhaft umstritten.

Unter den Gegnern des „Absehens von Strafe" nennen wir an erster Stelle v. Birkmeyer, der da sagt: „Dem richterlichen Ermessen bei Anwendung des Strafgesetzes wird im deutschen Vorentwurf ein Spielraum eröffnet, der in seiner Ausdehnung weit über die Grenze hinausgeht, die

[57]) Vgl. v. Bar, „Die Reform des Strafrechts." S. 30.
[58]) Vgl. Vorentwurf, Begründung S. 44.

sich wissenschaftlich und praktisch rechtfertigen läßt.[59]) Birkmeyer hält es für eine unzulässige Durchbrechung des nur dem Landesherren[60]) zustehenden Begnadigungsrechtes, wenn der Richter Gnade üben darf, da seine Stellung hierdurch widerspruchsvoll und zu verantwortlich würde.[61]) Demgegenüber ist zu erwidern, daß es sich bei dem „Absehen von Strafe" letzten Endes nur um die Wiedereinführung einer Einrichtung handelt, die schon in alter Zeit, so bei den Römern[61a]) bekannt war und namentlich im mittelalterlichen Deutschen Recht zu großer Bedeutung gelangt war. Und wenn das Richten nach Gnade „Altes deutsches Richterrecht" ist, so mutet uns die Strafrechtsreform durchaus nicht zu, einen „Schritt auf pfadlosem Gelände"[62]) zu tun. Es entbehrt nicht des Interesses, wenn Rosenfeld[62a]) darauf aufmerksam macht, daß sich schon im geltenden Recht „Ansätze" zu dem Absehen von Strafe zeigen. Er weist daraufhin, daß im Falle der Zurücknahme des Strafantrages und des Vergleichs im Privatklageverfahren der Staat „vielleicht trotz Überführung sozusagen die Beute fahren lassen müsse"[63]) Wohl kommt in derartigen Fällen nicht eine urteilsmäßig festgestellte Schuld in Betracht, aber im Endergebnis ist die Wirkung doch die gleiche.

---

[59]) v. Birkmeyer, Beiträge. III. Beitrag, S. 1 und I. Beitrag, S. 59—61.

[60]) Es ist charakteristisch, daß man in deutschen, nationalgesinnten Kreisen vor der, wie selbst Anschütz sagt, „mindestens überflüssigen Revolution" v. 9. Nov. 1918 an die Möglichkeit einer Republik garnicht gedacht hat. Das tritt auch in v. Calkers Definition zutage: „Zentralbehörde ist eine Behörde, die in Ableitung vom Landesherrn Staatsgeschäfte einheitlich für den gesamten Umfang der Monarchie erledigt. (v. Calker, Staatsrechtslehrer, jetzt in Freiburg i. Br., aus einer Niederschrift seines Kollegs.)

[61]) v. Birkmeyer. Strafrechtsreform. Die Stellung des Vorentwurfs gegenüber dem Streit der Strafrechtsschulen in „Münchener Neuesten Nachrichten", Nr. 524 v. 9. Nov. 1909. Vgl. auch seinen III. Beitrag, S. 7 ff.

[61a]) Vgl. Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, 1884, 2. Lieferung, S. 144 ff.

[62]) Vgl Kohler. Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, 1884, Lieferung 2, S. 144 ff.

[62a]) Rosenfeld, Strafzumessung in vergl. Darstellung. Allg. Teil, Band III., S. 168. Ebenda S. 165—167 finden sich auch beachtliche Ausführungen über diese Frage in den ausländischen Gesetzgebungen, vornehmlich im norwegischen Strafgesetzbuch von 1902 und im englischen Recht, das dem Richter für das summarische Verfahren die unbeschränkte Freiheit gibt, Gnade zu üben.

[63]) Rosenfeld a. a. O., S. 168.

Die Wiedereinführung des mittelalterlichen Richtens nach Gnade will v. Lippmann um deswillen ablehnen, weil die Zeit bis zum Ende des 16. Jahrhunderts eine „Periode der willkürlichsten, finstersten und grausamsten Barbarei der Strafrechtspflege und der greulichsten Verirrungen im Rechtsleben gerade auf dem Gebiete des Strafrechts" gewesen sei.[64]) Gewiß ist es unstrittig, daß die Strafen des Mittelalters grausam und willkürlich waren, daß sie unserm humanen Denken und Empfinden widerstehen. Aber Strafdrohungen müssen naturgemäß abstrackt gefaßt sein, weil der Gesetzgeber nicht in der Lage ist, jeden einzelnen Fall, der etwa milder zu beurteilen wäre, durch eine feste Strafbestimmung zu umgrenzen. Da nun auch heutzutage noch eine Strafdrohung im Einzelfalle unbillig hart erscheinen kann — hierüber dürfte wohl Übereinstimmung herrschen —, ist der Schluß gerechtfertigt, daß das richterliche Begnadigungsrecht auch jetzt nicht als unzweckmäßig bezeichnet werden kann bzw. darf. Gegen die Einführung des Prinzips „Minima non curat praetor" ist auch Köhler mit folgender Begründung: „Es liegt im Interesse aller staatserhaltenden Parteien, der rechtsstehenden ebenso wie der linksstehenden, daß in der Strafrechtspflege von der Idee des Rechtsstaates nicht abgewichen werde. Diese verlangt von dem Gesetzgeber auf der einen Seite eine genaue Nachprüfung der Strafrahmen, aber auf der anderen Seite gegenüber der großen Spannweite eher eine Einschränkung des richterlichen Ermessens, als eine ungeheure Ausdehnung desselben. Mögen auch einzelne ausländische Staaten auf Grund besonderer Verhältnisse (Norwegen, England) mit einer anderen Einrichtung der Richtergewalt auskommen, so ist doch die Verpflanzung derartiger Einrichtungen nach Deutschland eine nicht nur unsichere, sondern für das deutsche Rechtsleben auch gefährliche Sache." [65]) Dieser Auffassung vermögen wir nicht beizutreten. Weit entfernt, einer „Freirechtsschule" das Wort reden oder gar eine ausländische Einrichtung um des Ausländischen willen schützen zu wollen, sind wir der

---

[64]) v. Lippmann, die Stellung des Richters zum Strafgesetze nach dem Vor-Entw. z. einem dtsch. St. G. B. in „Seufferts Blätter für Rechtsanwendung", Band 75. Nr. 13, 14, S. 446—447.

[65]) Köhler, der Vorentwurf zu einem deutschen St. G. B. in „Annalen des Deutschen Reichs". 43 Band 1910, Nr. 3, S. 222—223; vgl. auch Köhler, Der Vergeltungsgedanke und seine praktische Bedeutung in „Kritischen Beiträgen zur Strafrechtsreform", Heft 5, S. 253—254.

Meinung, daß Köhler irrt, wenn er der Ansicht Ausdruck gibt, daß die „Idee des Rechtsstaates" eher eine Einschränkung des strafrechtlichen Ermessens als eine Ausdehnung verlange.

Wir beschränken uns darauf, von weiteren Gegnern des Absehens von Strafe" unter den Theoretikern noch Finger [66]), Kitzinger [67]), Schoetensack [68]) und Wachenfeld [69]) zu nennen. Wahrlich nicht mit gutem Grunde beruft sich Finger auf Hermann Seuffert im Hinblick auf dessen Worte: „Ohne sich dessen bewußt zu sein, können Ankläger und Richter gegen den Angeklagten voreingenommen sein, so daß ihre Amtstätigkeit leidet, wenn das ruhig abwägende Gesetz nicht ein Ziel setzt.[70]) Aus dem Zusammenhange gerissen, scheint dieser Satz Finger Recht zu geben. Aber aus der ganzen Stellung, die Seuffert überhaupt und in dieser Schrift einnimmt, läßt sich schließen, daß er nicht als Eideshelfer von Finger angesprochen werden kann. So sagt er z. B. an anderer Stelle (S. 16): „Wenn man ohne Strafe auskommen kann, so soll man nicht strafen" und auf S. 21 heißt es: „Der strafrechtliche Schutz soll nur als äußerstes Mittel einsetzen, wo andere Mittel nicht mehr zum Ziele führen." Das ist doch deutlich genug!

Erscheint Theoretikern das richterliche Begnadigungsrecht nicht angebracht, so mag das noch eher verständlich sein. Daß aber auch Männer der Praxis — wir nannten hier schon v. Lippmann als Gegner — sich gegen die Straffreiheitserklärung wenden, sollte man eigentlich nicht erwarten.

Die Bemerkung von v. Bülow: „Die Humanität darf nicht in Sentimentalität ausarten; es kann auch die „Humanität" gegen die Verbrecher zur Inhumanität solcher

---

[66]) Finger, Gutachten über die richterliche Strafzumessung in „Verhandlungen des 29. Dtsch. Juristentages". Gutachten Band II, Seite 52.

[67]) Kitzinger, in „Randbemerkungen zum Vor-Entw. eines St.G.B." in der Zeitschrift für die ges. Strafrechtswsch., Band 31, S. 346—349.

[68]) Schoetensack, Retorsion in „Vergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Band II, S. 432. Schoetensack dürfte allerdings wohl nur als bedingter Gegner anzusehen sein.

[69]) Wachenfeld, Strafbemessung in Holtzendorffs Enzyclopädie. Band 2 (1904), S. 284.

[70]) Hermann Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland. 1902, S. 12.

Unholde werden" [71]) können wir Wort für Wort unterschreiben, soweit es sich um „Humanität" gegen gewiegte, unverbesserliche Verbrecher handelt, aber sie ist abzulehnen und unzutreffend für den besonders leichten Fall.

Oppler erblickt in dem Absehen von Strafe eine „außerordentliche Gefahr für die Rechtsprechung, ein „Danaergeschenk für den Richterstand, der alle Veranlassung hat, laut und entschieden dagegen seine Stimme zu erheben." [72])

Sonntag sieht drei Schreckgespenste vor sich auftauchen, in erster Reihe den Vorwurf der Klassenjustiz in verstärktem Maße. Zum anderen hebt er hervor, daß das Strafgesetz „Warnungstafel" sei. Wenn der Täter den Kampf zwischen seinen religiösen und moralischen Hemmungen einerseits und seiner verbrecherischen Neigung andererseits zu bestehen habe, so falle gegenüber der Strafandrohung in der einen Schale in die andere Schale nur die Hoffnung, daß er bei seiner Tat nicht erwischt werden würde. Könne er aber nach dem neuen Recht außerdem noch mit der Möglichkeit rechnen, daß er selbst für den Fall des Ertapptwerdens straffrei ausgehe, dann werde öfters als zuvor „die schwarze Schale des Entschlusses zum Verbrechen sinken." Endlich sei es ein alter Erfahrungssatz (das dritte Schreckgespenst!), daß der Verletzte häufig sich nicht als Zeuge, sondern als Partei im Sinne des Zivilprozesses fühle derart, daß er je nach der Verurteilung oder Freisprechung des Angeklagten eine persönliche Genugtuung oder Kränkung, also eine neue Verletzung, empfinde.[73])

Was zunächst den Einwand der Klassenjustiz betrifft, so ist ein derartiger Vorwurf erhoben worden, solange man von einer Justiz, solange man von „Klassen" reden kann. Namentlich von den Linksparteien wird dieses Schlagwort von der Klassenjustiz als beliebtes Agitationsmittel verwendet; so entbehrt es jedenfalls des

---

[71]) v. Bülow, Zur Revision des Strafgesetzbuches, in der Festgabe der Deutschen Jur. Ztg. für den 26. Deutsch. Juristentag, S. 20.

[72]) Oppler, Ein Ausblick in die Strafrechtssprechung in der Deutschen Richterzeitung, Jhg. 2 (1910), Nr. 1, S. 2. — In ähnlichem Sinne äußert sich Aschrott, Der Vorentwurf zu einem deutsch. Strafgesetzbuch in „Jur. Literaturblatt", Band 22, Nr. 1, S. 4. — Vgl. auch Feisenberger a. a. O., Band 31, S. 11 und S. 949.

[73]) Sonntag, Kritische Beiträge zum Vorentwurf eines neuen deutschen Strafgesetzbuches in „Die Grenzboten", Jahrg. 69 (1910), Nr. 27, S. 20—23.

Reizes der Neuheit und gewinnt wahrlich nicht durch seinen fortgesetzten Gebrauch an innerem Wert.

Gewiß soll nicht bestritten werden, daß die Möglichkeit der individuellen Behandlung der einzelnen Fälle, zumal wenn nationale oder politische Gegensätze zwischen Richter und Angeklagten besonders kraß in Erscheinung treten, hier oder da ein Urteil zur Folge haben kann, das in manchen Kreisen als ungerecht oder wenigstens als ungewöhnlich hart bezeichnet wird. Aber ein solches „Werturteil" wäre doch schon de lege lata in den vielen Fällen unvermeidlich, in denen der Richter von seiner Befugnis Gebrauch macht, zwischen dem ordentlichen und — bei Annahme mildernder Umstände — außerordentlichen Strafrahmen zu wählen. Zudem wird der objektivste Richter die unverbesserlichen Nörgler nicht verstummen machen, die über ungleichmäßige Behandlung von Angeklagten aus mehr oder minder selbstischen Gründen Zetermordio schreien. Damit hat man sich abzufinden und man muß damit zufrieden sein, daß im Obrigkeitsstaat der überwiegende, d. h. der gutgesinnte Teil der Bevölkerung dem Vorwurf bewußter Klassenjustiz ablehnend gegenübersteht.

Auch die Ausführungen Sonntags, die den Mangel abschreckender Wirkung auf den Täter dartun sollen, dürfen nicht unwidersprochen bleiben. Man muß sich doch immer wieder in erster Reihe vor Augen halten, daß die Straffreiheitserklärung als eine kriminalpolitische Rechtswohltat gedacht ist, als eine Wohltat, die nur solchen Personen zugute kommen darf, bei denen man a priori einen geringen und entschuldbaren deliktischen Willen annimmt, von denen man erwartet, daß sie in Zukunft das Strafgesetz als ernste „Warnungstafel" betrachten werden. Für den Sozialgesinnten wird der Spruch, inhalts dessen der Richter ihn trotz festgestellter Schuld für straffrei erklärt, immer ein Denkzettel bleiben, so daß er sich vor Begehung weiterer Delikte hüten wird. Für den antisozialen Delinquenten aber, dessen wahre Gesinnung der Richter bei Aburteilung der ersten Übeltat vielleicht nicht erkannt hat, bedeutet das Absehen von Strafe keinesfalls einen Freibrief für weitere Verbrechen. Auch vertreten wir den Standpunkt, daß es der bürgerlichen Gesellschaft nicht so viel Schaden bringt, wenn ausnahmsweise einmal ein Bösewicht nicht den verdienten Lohn erhält, als wenn einem anständigen Menschen

für Lebenszeit der Makel des Bestraftseins angeheftet wird.

Der letzte Punkt, den Sonntag gegen das Absehen von Strafe ins Treffen führt, dürfte vielleicht am ehesten berechtigt erscheinen. Denn es ist kaum zu leugnen, daß der Verletzte im Regelfall in erster Reihe darauf Wert legt, daß er für das ihm zugefügte Unrecht eine Genugtuung erhält, d. h. er verlangt entweder eine Geldstrafe oder sonst eine angemessene Bestrafung des Täters. Sieht er aber seinen Gegner straflos ausgehen, so wird er nicht nur, wie der gründlich gemaßregelte Schurke Shylock den Gerichtssaal mit schlotternden Knien verlassen, sondern er wird auch nicht selten zur Selbsthilfe greifen. Es ist ja hinreichend bekannt, daß unsere Rechtsprechung bei gewissen Delikten zu unverständlicher Nachsicht geneigt ist. Man denke vor allem an Roheitsdelikte, man denke auch an die Beleidigung, nicht an unüberlegt hingeworfene Worte der Nichtachtung, sondern an Fälle wirklicher Ehrenkränkung, einer empfindlichen Verbal- oder Realinjurie. Der wahrhaft ehrliebende Verletzte erblickt darin keine Genugtuung, daß der Beleidiger mit einer kleinen oder auch hohen Geldstrafe belegt wird, und die Häufigkeit der Duelle, namentlich in der Vorkriegszeit, findet wenigstens zum Teil ihre Erklärung darin, daß der Verletzte vom Richter doch keine auch nur halbwegs entsprechende Genugtuung erwarten konnte oder erwarten kann. Gewiß wird der Zweikampf niemals völlig verschwinden, ebensowenig wie Kriege aufhören werden. Wer anders denkt, ist ein unheilbarer Utopist. Aber wir meinen, daß dieser oder jener doch auf Austragung eines Ehrenhandels im Wege des Duells verzichten würde, wenn er die Gewähr hätte, daß die ihm zugefügte schwere Kränkung mit einer empfindlichen Freiheitsstrafe abgegolten wird. Rebus sic stantibus muß die etwaige Folge privater Selbsthilfe in den Kauf genommen werden. Aber wir dürfen nicht vergessen, daß auch hier das Individualitätsinteresse hinter das Sozialinteresse zurücktreten muß, d. h. der Verletzte hat sich gegebenenfalls damit abzufinden, daß sein Gegner ungestraft bleibt, nämlich dann, wenn dessen Tat nicht notwendig eine Ahndung erheischt.

So kommen wir zu dem Ergebnis, daß alle Gründe der Widersacher eines richterlichen Begnadigungsrechtes uns nicht zu überzeugen vermögen. Ob man uns den Vorwurf einer Klassenjustiz oder die mangelnde Einwirkung auf die Volkspsyche, das Moment einer dem Verletzten

versagten Genugtuung oder das verkehrter Sentimentalität[74]) entgegenhält, ob man endlich das Bedenken einer Züchtung der „Gesinnungsheuchelei"[75]) geltend macht, alle diese Gründe lassen die eine Schale der Wage nicht sinken gegenüber dem schwerwiegenden Grundprinzip, daß die Strafe nur dann ihren rechten Grund hat, wenn und soweit sie notwendig ist. Niemand bestreitet, daß die Strafe zum unentbehrlichen Rüstzeug der staatlichen Macht gehört. Jeder, dem die Jurisprudenz „divinarum atque humanarum verum notitia, iusti atque iniusti scientia" (J. I., 1) ist, wird das Postulat aufstellen, daß die Strafe lediglich nach Gerechtigkeit, nicht nach anderen Momenten bemessen wird. Aber unerträglich wäre, wollte man bei dem geringsten Verstoß gegen das Strafgesetz sich auf den Standpunkt stellen: „Strafe muß sein."

Kein geringerer als Josef Kohler hat uns die zutreffenden, schönen Worte beschert: „Die Gerechtigkeit ohne Barmherzigkeit ist ein Licht, das leuchtet und nicht erwärmt; erst mit der Barmherzigkeit bekommt die Gerechtigkeit ihre Triebkraft und ihr wahres Leben."[76])

Das Richten nach Gnade ist ein „Bestandteil" und zwar dann immer ein „wesentlicher Bestandteil" der Gerechtigkeit, wenn kein Strafbedürfnis besteht, oder die durch die Strafe bewirkten üblen Folgen in einem auffälligen Mißverhältnis stehen zu dem Guten, das durch die Strafe erreicht werden soll.[77])

Im Vorentwurf wie im amtlichen Entwurf hat der Richter in „besonders leichten Fällen" das Milderungsrecht „nach freiem Ermessen", während die Entwürfe hinsichtlich des „Absehens von Strafe" ebenso übereinstimmend den Standpunkt vertreten, daß die Straffreiheitserklärung nur erfolgen dürfe, „wo dies ausdrücklich

---

[74]) Oertel, Zukunftsaufgaben und zukünftige Gestaltung der Strafgerichte in der Deutschen Richterzeitung, Jhg. 2, Nr. 9, S. 342. Dort heißt es, daß durch das Absehen von Strafe „schwächlicher Empfindsamkeit auf Kosten des Strebens nach sühnender Gerechtigkeit der Weg in die Rechtspflege" gebahnt werde. Unseres Erachtens tritt verkehrte Sentimentalität von Richtern an ganz anderer Stelle in Erscheinung. Vgl. darüber im Text unsere Ausführungen über die geringfügigen Strafen bei Roheitsdelikten und bei Ehrenkränkungen.

[75]) Köhler, in Annalen des Deutschen Reichs, Band 43, S. 222.

[76]) Kohler, Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts in „Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform", Heft 11 (1909), S. 21.

[77]) Vgl. Kohler a. a. O., S. 22. — Vgl. auch Kohler, Der deutsche und österreichische Entwurf in Goldammers Archiv, Band 56, S. 290. — Ebenso Rosenfeld, Strafzumessung a. a. O., S. 169.

zugelassen ist" (amtl. Entw.: „wo es zugelassen ist"). Das ist nach dem amtlichen Entwurf der Fall in den §§ 175 (falsche uneidliche Aussage), 186 (Strafvereitelung), 198 (Wiederverwenden von Wertzeichen), 218 (Verletzung von Schutzmaßregeln gegen Seuchen), 233 („leichte" vorsätzliche Körperverletzung), 243 (fahrlässige Körperverletzung), 252 (Bedrohung), 280 Abs. 3 (Ehebruch), 285 (üble Nachrede), 288 (Beleidigung), 292 (Verletzung des Briefgeheimnisses), 294 (Sachbeschädigung), 302—304 (Haus- und Familiendiebstahl, Entwendung, dauernde Entziehung von Sachen), 312 (Notbetrug), 313 (Erschleichung freien Zutritts), 315 (Betrug und Untreue gegen Angehörige), 342 (Mißbrauch von Rauschgiften), 351 (Uebertretungen in besonders leichten Fällen).

Folgerichtig müßte dem Richter auch ganz allgemein in besonders leichten Fällen die Befugnis zur Straffreiheitserklärung gegeben werden. Hat man zum Gericht das Vertrauen, indem man ihm unter gegebenen Voraussetzungen ein allgemeines diskretionäres Milderungsrecht einräumt, dann bleibe man nicht auf halbem Wege stehen und zweifle nicht an der richterlichen Eignung, von Fall zu Fall zu entscheiden, ob ein „Absehen von Strafe" zweckmäßig erscheint oder nicht. Mit demselben Rechte, mit dem man behauptet, daß aus einer allgemeinen Straffreiheitserklärungsbefugnis eine Gefahr für die Strafrechtspflege entstehen könnte, dürfte man auch sagen, daß sich aus einer unbeschränkten Milderungsbefugnis Uebelstände für die bürgerliche Gesellschaft ergeben können. Sicherlich ist die kasuistische Beschränkung, die Auswahl, wie sie der amtliche Entwurf vorgenommen hat, nicht nach jedermanns Geschmack, ja sie ist sogar mit gutem Grunde anfechtbar. So erscheint es uns geradezu unerträglich, daß man im § 280 dem Richter ausdrücklich die Möglichkeit gewährt, von Strafe abzusehen. Das ist kein besonders leichter Fall dergestalt, daß der Ehebrecher [81]) frei ausgehen darf! Gewiß ist nicht jeder Ehebruch gleich zu bewerten. War zur Zeit der Tat die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben, dann wird ein Richter mit sittlichen Grundanschauungen, demzufolge die „Heiligkeit der Ehe" nicht in die Rumpelkammer gehört, vielleicht

[81]) Nach Ebermayer, Der neue Strafgesetzentwurf in Deutsch. Jur. Ztg., 30. Jhg., Heft 10, Sp. 769, soll gemäß amtlichen Entw. in Zukunft der Ehebruch nur an dem verheirateten Teil bestraft werden. Wir erwarten zuversichtlich, daß dieser Vorschlag, der übrigens aus § 280 sich nicht entnehmen läßt, niemals Gesetz werden wird.

geneigt sein, die Strafe zu mildern, aber niemals zu erlassen. Wenn wirklich einmal ein Ehebruch in besonders mildem Lichte erscheinen sollte, dann bliebe es ja noch immer dem Inhaber des Begnadigungsrechtes, im Augenblick bei uns in Preußen dem Staatsministerium, anheimgestellt, Gnade zu üben. Auf der anderen Seite ist es unverständlich, weshalb z. B. nicht im Falle der §§ 162 (Auflauf), 251 Abs. 1 (Hausfriedensbruch), 320 (Rechtsvereitelung) für den Richter die Möglichkeit bestehen soll, von Strafe abzusehen. Man sieht hieraus, daß mutatis mutandis auch hier Fritz Reuters Wort bestätigt wird: „Wat den Een sin Ul, is den Annern sin Nachtigall", daß somit die kasuistische Beschränkung in besonders leichten Fällen nicht zu rechtfertigen ist. Auf Grund vorstehender Erörterungen empfehlen wir, § 75 Abs. 1 dahin zu fassen:

„In besonders leichten Fällen kann das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern oder überhaupt von Strafe absehen".

Strafprozessuales.

a) Ein „besonders leichter Fall" bildet keinen besonderen Tatbestand.

In der Begründung des Vorentwurfs heißt es zu § 83: [82]) „Bezüglich der Feststellung eines besonders leichten Falles versteht es sich von selbst, daß der § 83 Abs. 2 nicht etwa einen eignen Tatbestand des „besonders leichten Falles" schafft, in dem Sinne und mit der Wirkung, daß bei einer Behauptung des Angeklagten, seine Voraussetzungen seien vorhanden, diese Behauptungen widerlegt werden müßten und beim Mangel der Widerlegung der § 83 anwendbar wäre. Vielmehr füllt der § 83 nur einen Grundsatz für die Strafzumessung auf." Dem läßt sich ohne Bedenken zustimmen. [83]) Behauptet der Angeklagte, daß für seine Tat mildernde Umstände in Betracht kommen, so braucht doch das Gericht, wenn es jene verneint, nicht den Beweis des Gegenteils zu erbringen. Das Gleiche gilt, wenn der Angeklagte erklärt, daß ein besonders leichter Fall vorliege.

---

[82]) S. 324 Begründung z. Vor-Entw. eines R. St. G. B.

[83]) Feisenberger in der Zeitschrift für die ges. Strafrechtswsch., Bd. 31, S. 950, ist der Ansicht, es sei durchaus nicht sicher, daß die Vorschrift des § 83 nicht etwa einen eigenen Tatbestand enthalte, dessen Vorhandensein oder Nichtvorhandensein bewiesen werden müsse.

Unstreitig kann er verlangen, wenn das Gericht zu dem Ergebnis gekommen ist, daß mildernde Umstände oder ein besonders leichter Fall vorliegen, daß seine Tat außerhalb des ordentlichen Strafrahmens beurteilt werde. Aber es bleibt ein für allemal in das diskretionäre Ermessen des Gerichts gestellt, darüber zu befinden, ob ein Fall nach § 73 oder 75 (amtlicher Entwurf) als gegeben zu erachten ist oder nicht. Der alte Grundsatz „in dubio pro reo" hat für die Strafzumessung nur in dem Sinne Bedeutung, daß das Gericht in jedem einzelnen Falle in der Lage ist, die Strafe zu mildern oder von einer Strafe abzusehen. Bestehen hingegen für das Gericht, das ja das Ergebnis aller Erwägungen für und wider abzuwägen hat, Zweifel, so hat es nicht etwa die Verpflichtung, einen besonders leichten Fall anzunehmen.[84])

Wenn wir es mit der Begründung des Vorentwurfs für richtig halten, daß der § 83 nur einen Grundsatz für die Strafzumessung aufstellt, so müssen wir uns doch dagegen wenden, daß unmittelbar hinterher gesagt wird: „Die Fassung des Absatz 2 läßt auch ohne weiteres erkennen, daß die Vorschrift nur angewendet sein will und werden kann, wenn die hier angeführten Voraussetzungen positiv erwiesen sind." Mit vollem Recht erklärt Höpfner hierzu, daß die Fassung des § 83 Abs. 2 über die materielle Beweislast nichts zum Ausdruck bringe, ebensowenig wie jemals im B. G. B. aus der Fassung eine Regel über die Beweislast unternommen werden könne.[85]) Beweisregeln lassen sich nur da aufstellen, wo vom Beweise wirklich die Rede ist, so z. B. im § 282 B. G. B. Im übrigen muß, wie Dernburg einmal zutreffend gesagt hat, die lediglich aus der Fassung hergeleitete Verteilung der Beweislast „zu Wortstreitigkeiten und Haarspaltereien führen und den Richter von seiner wichtigen Aufgabe, die Beweislast nach dem Wesen des zu beurteilenden Verhältnisses festzustellen, ablenken."[86]) Die Praxis legt auf dergleichen Künsteleien kein Gewicht.

---

[84]) Anderer Meinung Höpfner, „Diebstahl und Unterschlagung im Vor-Entw. zu einem deutschen Strafgesetzbuch". Zugleich ein Beitrag über besonders leichte und besonders schwere Fälle. 1910, S. 38.

[85]) Höpfner a. a. O., S. 38.

[86]) Dernburg, Das Bürgerliche Recht. I. Band 1902, Seite 19, Anmerkung 6.

Die Feststellung der Urteilsformel.

§ 260 Abs. 1 Satz 2 St. P. O. in der Fassung vom 22. März 1924 lautet: „Das Urteil kann nur auf Freisprechung, Verurteilung oder Einstellung des Verfahrens lauten."

Es liegt auf der Hand, daß hier eine Änderung unabweisbar ist, sobald das „Absehen von Strafe" Gesetz wird. Denn, wenn die Hauptverhandlung ergeben hat, daß ein „besonders leichter Fall" vorliegt, kann doch unmöglich auf Freisprechung erkannt werden. Ebenso widersinnig wäre es, wollte man den Urteilstenor dahin formulieren: „Das Verfahren wird eingestellt." Selbstverständlich kommt auch keine „Verurteilung" in Betracht, vielmehr handelt es sich um ein Mittelding zwischen Verurteilung und Freisprechung. Denn einerseits wird eine dem Angeklagten zurechenbare Schuld festgestellt, andererseits aber soll trotzdem „auf Straffreiheit erkannt werden." [86a]) Daß so ungefähr die Urteilsformel lauten soll, wird vom Vorentwurf an anderer Stelle angedeutet. [87])

Für den Fall der Annahme des „Absehens von Strafe" schlagen wir vor, den Abs. 1 § 260 St. P. O. dahin abzuändern:

„Die Hauptverhandlung schließt mit der Erlassung des Urteils. Das Urteil kann dahin lauten:

1. Der Angeklagte wird verurteilt oder
2. der Angeklagte wird freigesprochen oder
3. der Angeklagte ist zwar schuldig, aber von Strafe wird abgesehen oder
4. das Verfahren gegen den Angeklagten wird eingestellt."

Dieser letzteren Formel kann dann Abs. 2 § 260 St. P. O. angegliedert werden.

Unerläßlich wäre allerdings auch noch ein Zusatz zu § 267 St. P. O. Hier müßte als sechster Absatz hinzugefügt werden:

„Ist die Schuld des Angeklagten zwar festgestellt, aber wird von Strafe abgesehen, so müssen die Gründe hierfür sich aus dem Urteil ergeben."

[86a]) Vergl. die §§ 199, 233 St. G. B., die ähnliche Straffreiheitserklärungen vorsieht, bei deren Annahme das Urteil gem. § 260 St.P.O. auf Freisprechung lautet.

[87]) Begründung zum Vor-Entw. S. 659.

Die Kosten des Verfahrens.

Ein nicht unerhebliches Moment wird von den Gegnern der Straffreiheitserklärung ins Treffen geführt, wenn sie hierbei die Kostenfrage anschneiden. So ruft Oertel mit berechtigter Emphase aus:

„Und wie wird es mit den Kosten des Verfahrens auf Privatklage? Nach §§ 487, 490 Entwurf zur Strafprozeßordnung (Vgl. § 471 St. P. O. in der Fassung vom 22. März 1924) wird der Privatkläger, der den überführten Gegner straflos vom Gericht gehen sieht, auch noch sämtliche Kosten des Verfahrens, einschließlich der notwendigen Auslagen des Beschuldigten tragen müssen. Das scheint freilich ein jeder Gerechtigkeit hohnsprechendes und darum ganz unmögliches Ergebnis; aber einstweilen ist schwer zu sehen, wie hier zwischen den Grundsätzen der St. P. O. über die Kostenpflicht ein gerechter Ausgleich gefunden werden soll." [88])

Diesen Ausführungen kann man zunächst nur zustimmen, weil es unbestreitbar ein durchaus ungerechtes Ergebnis wäre, wenn man dem obsiegenden Privatkläger noch die Kosten des Verfahrens auferlegen wollte. Würde eine derartige Folge zu einer rechtlichen Vorschrift erhoben, dann könnte man wirklich von einer Verhöhnung der Gerechtigkeit sprechen und der Verletzte dürfte mit gutem Grunde zum Ankläger der Rechtsordnung werden. Aber die Lösung dieser Frage ist nicht so schwierig, wie sie Oertel erscheint. Hat das Gericht eine Straffreiheitserklärung ausgesprochen, so hat unseres Erachtens selbstverständlich der Angeklagte die Kosten zu tragen, gleichviel ob es sich um eine Privatklage oder eine öffentliche Klage handelt. Eine solche Regelung entspricht der Billigkeit.[88a]) Denn einmal würde es der Privatkläger als schweres Unrecht empfinden, wenn er, als Sieger die Gerichtsstätte verlassend, gleichwohl die Kosten zu tragen hätte, zum anderen aber kann man es dem S t a a t e wahrlich nicht zumuten, die Kosten zu übernehmen. Übt der Staat durch sein Organ, den Richter, Gnade, so zeugt das doch schon von weitherziger Gesinnung, und der für straffrei erklärte Angeklagte muß sich eben damit abfinden, die Kosten des Verfahrens, das er, wenn auch noch so geringe Schuldenergie vorhanden ist, dennoch heraufbeschworen

---

[88]) Oertel, Deutsche Richterzeitung, Jhg. 2, Nr. 9, S. 342.

[88a]) Vgl. St. P. O. § 468 in der Fassung vom 22. 3. 24.

hat, selbst zu bestreiten. Auch zu dieser Fesstellung bedarf es nur einer „geringfügigen" prozessualen Änderung. Wir schlagen vor, hinter Abs. 1 § 465 St. P. O. (in der Fassung vom 22. März 1924) einzufügen:

„Das Gleiche gilt, wenn die Schuld des Angeklagten zwar festgestellt ist, aber von Strafe abgesehen wird."

Die Rechtsmittel.

In der Begründung des Vorentwurfs findet sich folgende Stelle: „Dem Richter ist durch die Definition besonders leichter Fälle genügend Anleitung gegeben, um im allgemeinen eine sachliche Anwendung des Gesetzes erwarten zu lassen, einzelne Fehlgriffe wird die Berufungsinstanz zu verbessern haben".[89]) Das ist ein gar seltsamer Standpunkt, der dem Vorentwurf wohl selbst unhaltbar erscheint, da er ihn an anderer Stelle wieder aufhebt.[90]) Wie sehr wir im übrigen im Kernpunkt unserer Frage von v. Birkmeyer abweichen, so richtig ist es, wenn er es „verkehrt" und eine Hoffnung „sehr problematischer Natur" nennt, „Bestimmungen im Gesetz damit halten zu wollen, daß man sich getröstet, der Schaden, welchen sie in erster Instanz anrichten, könne ja in der Rechtsmittelinstanz wieder beseitigt werden."[91]) Gewiß sind die höheren Instanzen dazu vorgesehen, daß die eine oder andere Partei die Möglichkeit habe, eine von der Vorinstanz abweichende, ihr günstigere Entscheidung zu erwirken. Aber auch in den höheren Instanzen finden sich irrende Richter, und nicht selten sticht selbst der höchsten Instanz Entscheidung ungünstig gegen die Vorinstanz ab.[92]) Der Vorentwurf stellt sich — offenbar unbewußt — ein Armutszeugnis aus, wenn er zum Ausdruck bringt, daß die durch die Vorinstanz etwa angerichteten Schäden durch die höhere Instanz repariert werden können. Das ist Wasser auf die Mühle der Gegner, die sich dann nicht ohne Grund sagen, daß die ganze Vorschrift auf schwachen Füßen stehen müsse.

---

[89]) Begründung zum Vor-Entw. S. 323.

[90]) Begründung z. Vor-Entw., S. 737—738, lehnt der Vorentwurf einen Gesetzgebungsvorschlag Hamburgers in der Diebstahlslehre damit ab, daß er sagt: „Der Richter .... stände gänzlich frei da, und man kann nicht allein auf die Hoffnung bauen, daß seine etwaigen Fehler durch ein oberes Gericht aufgedeckt und berichtigt werden würden."

[91]) v. Birkmeyer, III. Beitrag, S. 80.

Unbeschadet unserer Einwendungen gegen die hier angeführte unverständliche Begründung des Vorentwurfs können wir natürlich nicht in Abrede stellen, daß auch beim „Absehen von Strafe", weil es sich ja doch um ein „Urteil" handelt, ein Rechtsmittel zulässig sein muß. Aber von vornherein scheidet das Rechtsmittel der Revision aus, soweit die Betätigung richterlichen Ermessens in Frage steht, weil die Revision nur darauf gestützt werden kann, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. (§ 337 St. P. O.).[92]) So bleibt nur die Berufung übrig, die vom Staatsanwalt sowohl gegen den Schuldspruch wie gegen die Betätigung richterlichen Ermessens eingelegt werden kann. Hingegen kann der für straffrei erklärte Angeklagte nur gegen die Feststellung seiner Schuld von der Berufung Gebrauch machen, so daß, wenn der Staatsanwalt seinerseits das Urteil nicht anficht, eine reformatio in pejus ausgeschlossen ist; denn gemäß § 327 St. P. O. unterliegt der Prüfung des Gerichtes das Urteil nur, soweit es angefochten ist.

Anhang

Zusammenstellung der Abänderungsvorschläge für den Amtl. Entwurf des St. G. B. und für die St. P. O.

§ 75 Abs. 1 des Amtl. Entwurfs von 1925:

„In besonders leichten Fällen kann das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern oder überhaupt von Strafe absehen."

---

[92]) Wir brauchen hier nur an den Entscheid des dritten Zivilsenates des Reichsgerichts in der Frage des preußischen Altersgrenzengesetzes denken, in dem hier die Klage der zwangsweise pensionierten preußischen Richter, welche die Differenz zwischen ihrem Gehalt und der Pension eingeklagt hatten, abgewiesen wurde. Diese Entscheidung, die nicht frei von Sophistik ist, stand im Widerspruch zum Kammergericht, zu den Landgerichten und der herrschenden Auffassung in der Wissenschaft. Man denke ferner an die Plenar-Entscheidung des Reichsgerichts vom 14. Dezember 1910 mit der darin aufgestellten These, daß der „ursächliche Zusammenhang zwischen Irrtumserregung und Vermögensschaden" rechtlich dann nicht ausgeschlossen sei, „wenn der Leistende sich bewußt war, keinen Anspruch auf die Gegenleistung zu haben." — Vgl. hierzu Bindings temperamentvolle Polemik „eine Revolution in der Rechtsprechung des Reichgerichts über Betrug" in der Deutsch. Jur. Ztg. (1916), Nr. 8, Sp. 553 ff.

[93]) Vgl. Vor-Entw. Begründung S. 314, Anm. 5.

§ 75 Abs. 2 des Amtl. Entwurfs von 1925:

„Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn Tat und Täter entschuldbar erscheinen, so daß trotz Zubilligung mildernder Umstände die mildeste zulässige Strafe noch unbillig hart sein würde."

§ 260 Abs. 1 Satz 2 St. P. O. in der Fassung vom 22. März 1924:

„Die Hauptverhandlung schließt mit der Erlassung des Urteils. Das Urteil kann dahin lauten:

1. Der Angeklagte wird verurteilt oder
2. Der Angeklagte wird freigesprochen oder
3. Der Angeklagte ist zwar schuldig, aber von Strafe wird abgesehen oder
4. Das Verfahren gegen den Angeklagten wird eingestellt."

§ 267 Abs. 6 St. P. O. in der Fassung vom 22. März 1924:

„Ist die Schuld des Angeklagten zwar festgestellt, aber wird von Strafe abgesehen, so müssen die Gründe hierfür sich aus dem Urteil ergeben."

§ 465 Abs. 1 St. P. O. in der Fassung vom 22. März 1924:

„Das Gleiche gilt, wenn die Schuld des Angeklagten zwar festgestellt ist, aber von Strafe abgesehen wird."

Schluß

Wir erheben keinen Anspruch darauf, mit unseren Ausführungen und Vorschlägen unanfechtbare Gedanken zum Ausdruck gebracht zu haben. Aber wir geben uns, ohne unbescheiden sein zu wollen, der Hoffnung hin, daß es uns gelungen ist, einen — wenn auch nur winzigen — Baustein zu der überaus schwierigen Lösung der Frage der Strafbemessung geliefert zu haben. Niemals wird es möglich sein, Verbrechen überhaupt aus der Welt zu schaffen. Jedoch ist es die Aufgabe der Strafrechtspolitik, das Verbrechen tunlichst an der Wurzel zu fassen, unverbesserliche Rechtsbrecher empfindlich zu strafen, harmlose Täter von der verderbenbringenden Gefängnisluft zu bewahren, um sie wieder zu einem brauchbaren Glied der Gesellschaft zu machen. Wird dieses hohe Ziel erreicht, dann ist der Gesamtheit wie den einzelnen beteiligten Personen unschätzbarer Gewinn gebracht. Möge

es dem Deutschen Reichstag als dem berufenen gesetzgebenden Faktor unter Mitwirkung geeigneter Sachverständiger, insbesondere der deutschen Strafrechtslehrer und Praktiker, in absehbarer Zeit beschieden sein, ein Strafgesetzbuch zu verabschieden, das mit logischer Schärfe und juristischer Konsequenz verfaßt ist und mit einem gesunden Rechtsempfinden im Einklang steht! Mögen den künftigen Generationen Richter beschert sein, denen zu eigen ist „Beurteilungsfähigkeit der äußeren Vorgänge und Wirkungen einer Straftat, Menschenkenntnis und Seelenkunde, Beherrschung des positivrechtlichen Stoffes, Selbstzucht, Unbefangenheit und Gerechtigkeit!" [94]) Dann werden alle Wohlgesinnten in der Lage sein, das oft mißbrauchte Wort „Summum ius summa iuiria" in die Rumpelkammer zu werfen. —

[94]) Kahl, Reform der Strafzumessung in der Deutschen Jur. Ztg. 1906, Sp. 895.

Lebenslauf

Ich, Heinz Otto Hoffmann, Preuße, bin am 7. Oktober 1901 als Sohn des Studienrats Prof. Dr. Hoffmann und seiner Ehefrau Hedwig, geb. Peschel, zu Pleß OS. geboren. Nachdem ich die ev. Volksschule in Pleß bis zu meinem 8. Lebensjahre besucht hatte, absolvierte ich das humanistische Gymnasium in Pleß, welches ich im Jahre 1919 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Alsdann trat ich bei der Reichswehr ein, der ich bis Ende 1919 angehörte. Im Sommer 1920 ließ ich mich bei der Universität Breslau immatrikulieren und studierte späterhin in Freiburg i. B. und Greifswald die Rechte und Staatswissenschaften.